

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

الظهار - اللعان - الرضاع - النفقة - الحضانة - الإعتاق
التدبير - الاستيلاد - المكاتب - الولاء - الإجارة

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الثانية

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-0417-9
90000>
9 782745 104175

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الظِّهَارِ[1]

يحتاجُ في هذا الكتاب إلى معرفة رُكْنِ الظِّهارِ، وإلى مَعْرِفَةِ شرائط الركن، وإلى معرفةِ حِكم الظِّهار، وإلى معرفة ما ينتهي به حكمُهُ، وإلى معرفة كفّارة الظِّهارِ.

أما ركنُ الظهار: فهو اللفظُ الدالُّ على الظهارِ، والأصلُ فيه: قولُ الرجلِ لامرأتِهِ أنت علي كظهر أمي، يُقال: ظاهر الرجلُ من امرأتِهِ، وأظاهر وتظاهر وأظهر وتظهر، أي: قال لها أنتِ علي كَظَهرِ أمِّي، ويلحقُ به قولَهُ: أنت علي كبطنِ أمِّي، أو فخذ أمي، أو فرج أمي؛ ولأن معنى الظهار تشبيه الحلالِ بالحرام، ولهذا وصفه الله ـ تعالى ـ بكونِهِ منكراً مِنَ القولِ وزوراً، فقال ـ سبحانه وتعالى ـ في آية الظِّهار: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً﴾[2]

---

(١) **الظهار لُغَةً:**

الظِّهار، والتظهر، والتَّظَاهُر: عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت عَلَيَّ كَظَهْرِ أمي، مُشْتَقّ من الظَّهر، وخصّوا الظَّهْرَ دون غيره؛ لأنه موضع الرُّكُوبِ، والمرأة مركوبة إذا غشيت، فكأنه إذا قال: أنت عليّ كَظَهْرِ أمي، أراد: ركوبك للنكاح حَرَام عليّ، كركوب أمي للنِّكَاحِ، فأقام الظَّهْرَ مَقَامَ الركوب؛ لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النِّكَاحِ؛ لأن الناكح راكب. وهذا من استعارات العرب في كلامها.

انظر: تاج العروس: ٣/٣٧٣، الصحاح: ٢/٧٣٠، المصباح المنير ٢/٥٩٠، المغرب: ٢٩٩.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفيةُ بأنه: تشبيه المسلم زوجته، أو جُزْءاً شائعاً منها، بمحرم عليه تأبيداً.

عرفه الشافعية بأنه: تشبيه الزوجة غير البائن بأُنْثَىٰ لم تكن حِلاً.

عرفه المالكية بأنه: تشبيه المسلم المُكَلَّفِ من تحلُّ أو جزأها بِظَهرِ محرم أو جزئه.

عرفه الحنابلةُ بأنه: هو أن يُشبه امرأته أو عُضواً منها بظَهر من تَحْرُمُ عليه على التأبيد، أو بها أو بعضو منها.

انظر: حاشية ابن عابدين: ٢/٥٧٤، شرح فتح القدير: ٤/٢٤٥، ٢٤٦ مجمع الأنهر: ١/٤٤٦، مغني المحتاج: ٣/٣٥٤، المهذب: ٢/١٤٣ المحلى على المنهاج: ٤/١٤، مواهب الجليل: ٤/١١١، الخرشي: ٤/١٠١، حاشية الدسوقي: ٢/٤٣٩، الإنصاف: ٩/١٩٣، المغني: ٣/٢٥٥.

(٢) كان الظهار معروفاً في الجاهلية، وكانوا يعتبرون قول الرجل لمن تحل له «أَنْتِ عَلَيَّ كَأُمِّي» محرّماً لها على الأبد لا تحل له أصلاً بعد ذلك، فلما جاء الإسلام، وَظَاهَرَ أَوْسُ بْنُ الصَّامِتِ من امرأته خَوْلَةَ بِنْتَ ثَعْلَبَةَ، ودعاها إليه بعد ظهاره، فقالت له: والذي نفس خولة بيده لا تَصِلُ إليّ، وقد قلت ما قلت، حتى =

[المجادلة:٢]، وبطنُ الأمِّ وفخذها في الحرمةِ مِثلُ ظهرها، ولفرجها مزيد حرمةٍ؛ فتزداد جنايتُهُ في كون قوله منكراً وزوراً فيتأكّد الجزاء، وهو الحرمةُ.

فصل في شَرَائِط الظِّهارِ

١٢٠ب وأما الشرائطُ فأنواعٌ؛ بعضها/ يرجع إلى المُظَاهِرِ، وبعضُها يرجع إلى المُظَاهَرِ منه، وبعضُها يرجعُ إلى المظاهَرِ به.

أما الذي يرجعُ إلى المظاهر فأنواعٌ:

منها: أن يكون عاقلاً إما حقيقةً أو تقديراً، فلا يصحُّ ظهارُ المجنون والصبيِّ الذي لا يعقل؛ لأن حكم الحرمةِ وخطابِ التحريمِ لا يتناولُ مَنْ لا يعقل.

ومنها: ألاَّ يكونَ معتوهاً ولا مدهوشاً[١] ولا مبرسماً[٢] ولا مغمىً عليه ولا نائماً؛ فلا يصحُّ ظهار هؤلاءِ؛ كما لا يصح طلاقُهم، وظهارُ السكرانِ كطلاقِهِ، وهو على التفصيل الذي ذكرناه في «كتاب الطلاق».

ومنها: أن يكون بالغاً[٣]؛ فلا يصحُّ ظهارُ الصبيِّ وإن كان عاقلاً؛ لَمَا مَرَّ في ظهار

= يحكم الله ورَسُولُهُ، وأتت رسول الله ﷺ فقالت له يَا رَسُولَ الله إنَّ أوساً تَزَوَّجنِي، وَأَنَا شَابَّةٌ مَرْغُوبٌ فيَّ، فَلَمَّا خَلاَ سَنِّي، وَنَثرتُ بَطْني جَعَلَنِي عَلَيْهِ كَأُمِّهِ، وَتَرَكَنِي إلى غَيرِ أَحَدٍ، فإن كنت تجد لي رخصة تنعشني بها وإياه، فحدثني بها. فَقَالَ لَهَا عَلَيهِ الصَّلاَةَ وَالسَّلاَمُ: «مَا أَرَاكِ إلاَّ قَدْ حُرِّمْتِ عَلَيهِ». فَجَادَلَتِ النبي ﷺ وقالت له ما ذكر طلاقاً، وقعدت بعد ذلك مراراً. ثم قالت: اللَّهُمَّ إني أشكو إليك فاقتي، وشدة حالي، فأنزل على لسان نبيك.

فأنزل الله سبحانه وتعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ الله قَوْلَ الَّتي تُجادِلُكَ فِي زَوْجَها وَتَشْتكِي إِلَى الله. . . .﴾ الآيات إلى أن قال: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قبل أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ والله بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيْر فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فصِيَامُ شَهْرَينِ مُتَتَابِعَينِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً. . .﴾ الآية.

فكانت هذه الآيات حَدًّا فاصلاً بين ما كان عليه أهل الجاهلية من جعل الظهار طلاقاً مؤبداً، وما عليه الإسلام من اعتبار الحرمة فيه مؤقتة تزول بفعل الكفارة، ولقد بين الله سبحانه وتعالى كفارة الظهار، وذكر لها أنواعاً ثلاثة مرتبة لا ينتقل المكفر فيها من الخصلة الأولى إلى الثانية، إلا بعد العجز عن الأولى، ولا من الثانية إلى الثالثة، إلا بعدم استطاعة الثانية.

ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف.

(١) المدهوش: من ذهب عقله من وَلَهٍ أو فزع أو حياء المعجم الوسيط (دهش).

(٢) المبرسم: المريض بالبرسام، وهو ذات الجنب، وهو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة المعجم الوسيط (برسم).

(٣) اتفقت كلمَةُ الفقهاء على اعتبار البلوغ والعقل شرطين في وجوب الكفَّارة على المظاهر، لأن سببها يعتمد القول وعبارة الصبي والمجنون لغو، فلا تكون موجبة لها.

المجنون؛ ولأنَّ الظهارَ من التصرفاتِ الضارة المحضةِ فلا يملكه الصبيُّ؛ كما لا يملك الطلاقَ والعِتاق وغيرَهما من التصرفاتِ التي هي ضارةٌ محضةٌ.

ومنها: أن يكون مسلماً[1]؛ فلا يصحُّ ظهارُ الذميِّ، وهذا عندنا.

وعند الشافعيِّ إسلامُ المظاهرِ ليس بشرطٍ لصحةِ ظهاره، ويصح ظهار الذميِّ.

واحتجَّ بعموم قولِهِ ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] من غير فصلٍ بين المسلم والكافرِ؛ ولأن الكافر من أهل الظهار؛ لأن حكمة الحرمةُ، والكفارُ مخاطَبون بشرائع هي حرمات؛ ولهذا كان أهلاً للطلاق؛ فكذا للظهار.

ولنا: أن عمومات النكاح لا تقتضي حلَّ وطء الزوجات على الأزواج؛ نحو قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُروجِهِمْ حَافِظُونَ إلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥ ـ ٦] وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣] والظهارُ لا يوُجب زوالَ النكاح والزوجيَّة؛ لأن لفظ الظهارِ لا يُنبىء عنه؛ ولهذا لا يحتاج إلى تجديد النكاح بعد الكفارة؛ لأنَ المسلم صَارَ مخصوصاً، فمن ادَّعى تخصيصَ الذميِّ يحتاج إلى الدليلِ؛ ولأنَّ حكم الظهار حرمةٌ مؤقتةٌ بالكفارةِ أو بتحريرٍ يخلفُهُ الصومُ، والكافر ليس من أهلِ هذا الحكم، فلا يكون من أهلِ الظهارِ، وقد خرج الجوابُ عما ذكره من المعنى.

وأما آيةُ الظهارِ؛ فإنها تتناول المسلم لدلائل:

أحدُها: أن أوَلَ الآيةِ خاصٌ في حق المسلمين، وهو قولُه ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ﴾ [المجادلة: ٢] فقولِهِ ـ تعالى ـ ﴿منكم﴾ كنايةٌ عن المسلمين؛ ألاَ ترى إلى قوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَإِنَّ اللهَ لَغَفُورٍ رَحِيمٌ﴾ [النحل: ١٨] والكفر[2] غيرُ جائزِ المغفرةِ، وقوله

---

(١) ذهبت الحنفية، والمالكية إلى أن الإسلام شرط في إيجاب الكفارة على المظاهر.
ووجهتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾ الآية، فلفظ: ﴿منكم﴾ خاصٌ بالمسلمين، فلا يصح الظهار من الكافر.
ولأن الكفارة عبادة تفتقر إلى النية، وهو ليس من أهلها.
وذهبت الشافعية، والحنابلة إلى أن الإسلام ليس شرطاً في إيجاب الكفَّارة على المظاهِر.
ووجهتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ...﴾ الآيات، فإن اسم الموصول من صيغ العموم يتناولُ المسلمَ والكافر، ولأنه قولٌ يختصُّ به النكاح، فيصح من كل زوج مكلف، كالطلاق، وقد تقدَّم الكلام على هذا الشرط في كفارة اليمين، وما هو الراجح في ذلك، من أن هذا يعتبر القول، وهو من أهله، ولأن الكفارة زاجرة في حقِّهِ.
ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف.

(٢) في ط: الكافر.

ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] بناء على الأول.

والثاني: إنَّ فيها أمراً بتحريرِ يخلفُهُ الصيامُ إذا لم يجد الرقبة، والصيامُ يُخلفُهُ الطعام إذا لم يستطيع، وكلُّ ذلك لا يتصور إلاَّ في حق المسلم.

والثالث: أن المسلم مرادٌ من هذه الآية بلا شك.

والمذهبُ عندنا أَنَّ العامَّ يبنى على الخاصِّ، ومتى بُني العام على الخاص خرج المسلم عن عموم الآية، ولم يَقُل به أحدٌ، وأما كونه حرّاً فليس بشرطٍ لصحة الظهار فيصح ظهار العبد؛ لأن الظهار تحريمٌ، والعبدُ من أهل التحريم؛ ألا ترى أنه يملك التحريم بالطلاق؛ فكذا بالظهار؛ ولعمومِ قولِهِ ـ عزَّ وجلَّ ـ ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣].

فإن قيل: هذه الآيةُ لا تتناول العبد؛ لأنه جعل حكم الظهار التحرير بقولِهِ ـ تعالى ـ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] والعبدُ ليس من أهلِ التحرير، فلا يكونُ من أهلِ حكم الظهارِ، فلا يكون من أهلِ الظهار فلا يتناوله نَصُّ الظهار، فالجوابُ أنه ممنوع أنه جعل حكم الظهار التحرير على الإطلاق، بل جَعَلَ حكمه في حقِّ من وجد، فأمَّا في حق من لم يجد، فإنما جعل حكمه الصيام بقولِهِ ـ تعالى ـ: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤] والعبد غير واجدٍ؛ لأنه لا يكون واجداً إلاّ بالملك، وللعبد ليس من أهلِ الملكِ، فلا يكون واجداً، فلا يكون الإعتاق حكم الظهار في حقه؛ إذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسولِ الله ﷺ[1] فلا يجوز له التفكير بالإعتاق؛ وكذا بالإطعام؛ إذ الإطعام على وجه التمليك أو الإباحة، والإباحةُ لا تتحقق بدون الملك.

ولو كفّر العبد بهما بإذنِ مولاه أو المولى كفر عنه بهما، لم يجز؛ لأنَ الملك لم يثبت له، فلا يقع الإعتاق، والإطعام عنه؛ بخلافِ الفقير إذا أعتق عنه غيره أو أطعم؛ فإنه يجوز، لأنَ الفقير من أهل الملك فثبت الملك له أولاً، ثم يؤدي عنه بطريق النيابة، والعبدُ ليس من أهلِ الملك، فلا يملك المؤدي، فلا يجزيه في الكفارة إلا الصيام، وليس لمولاه أن يمنعه من صيام الظهار بخلاف صيام النذر وكفارة اليمين؛ لأنَّ للمولى أن يمنعَهُ عن ذلك؛ لأن صوم الظهار قد تعلق به حق المرأة؛ لأنهُ يتعلقُ به استباحةُ وَطْئِها الذي استحقه بعقد النكاح، فكان منعُهُ إياها عن الصيام منعاً له عن إيفاء حقٍّ مستحق للغير، فلا يملك ذلك، بخلاف صوم النذر وكفارة اليمين؛ لأنه لم يتعلق به حَقُّ أحدٍ، فكان العبد بالصوم متصرفاً في المنافع المملوكة

(١) سيأتي في العتق.

لمولاه من غير إذنه، لا حقَّ لأحد فيه، فكان له منعُهُ عن ذلك، سواء كان العبد قناً أو مدبراً أو أمَّ أو ولدِ مُكَاتَباً أو مستسعى علىَ أصل أبي حنيفة؛ لما قلنا؛ وكذا كونه جاداً، فليس/ بشرط ١٢١أ لصحة الظهار حتى يصح ظهار الهازل؛ كما يصح طلاقه؛ وكذا كونه طائعاً أو عامداً ليس بشرط عندنا، فيصح ظهار المكره والخاطىء كما يصح طلاقهما.

وعند الشافعيةِ شرطٌ فلا يصح ظهارهما كما لا يصح طلاقهما، وهذه من مسائل الإكراه.

وكذا التكلم بالظهارِ ليس بشرط حتى يصير مظاهراً بالكتابة المستبينة والإشارةِ المعلومةِ من الأخرس.

وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط، فيصحُ ظهارُ شارطِ الخيار لما ذكرنا في «كتاب الطلاق».

وأما كون المظاهر رجلاً، فهل هو شرطُ صحة الظهار؟.

قال أبو يوسف: ليس بشرط.

وقال محمد: شرط، حتى لو قالتِ المرأةُ لزوجها: أنت عليَّ كظهر أمي، تصير مظاهرة عند أبي يوسف، وعليها كفارة الظهار.

وعند محمد لا تصير مظاهرة، ولما حكى قولهما للحسن بن زياد فقال هما شيخا الفقه أخطأ، عليهما كفارة اليمين إذا وطئها زوجُها.

وجه قولِ الحسن أن الظهار تحريم فتصير؛ كأنها قالت لزوجها: أنت علي حرامٌ، ولو قالت ذلك تلزمها الكفارةُ إذا وطئها؛ كذا هذا.

وجه قولِ محمد أن الظهار تحريم بالقولِ، والمرأةُ لا تملك التحريم بالقولِ، ألا ترى أنها لا تملك الطلاق فكذا الظهار، ولأبي يوسف أَنَّ الظهار تحريمٌ يرتفعُ بالكفارةِ، وهي من أهل الكفارة، فكانت من أهل الظهار، والله أعلم.

ومنها النيةُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف في بعض أنواعِ الظهار دون بعْضٍ؛ وبيان ذلك أنه لو قال لامرأته: أنت عليَّ كظهرِ أمي، كان مظَاهراً، سواء نَوى الظهار أو لا نية له أصلاً؛ لأن هذا صريح في الظهار؛ إذ هو ظاهرُ المرادِ مكشوفُ المعنى عند السماع بحيث يُسْبِقُ إِلىَ أفهامِ السامعين، فكان صريحاً لا يفتقر إلى النية؛ كصريح الطلاق في قوله: أنتِ طالقٌ.

وكذا إذا نوى به الكرامةَ أو المنزلة أو الطلاق أو تحريمَ اليمين، لا يكون إلا ظهاراً، لأن

هذا اللفظَ صريحٌ في الظهار؛ فإذا نوى[(١)] به غيره، فقد أراد صرف اللفظ عَمَّا وُضِعَ له إلى غيره، فلا ينصرف إليه؛ كما إذا قال لامرأته: أنت طالقٌ، ونوى به الطلاق عن الوثاقِ، أو الطلاق عن العملِ. أنه لا ينصرفُ إليه وَيَقَعُ الطلاقُ لما قلنا؛ كذا هذا.

ولو قال: أردتُ به الإخبار عما مضى كذباً لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلافُ الظاهر؛ لأن هذا اللفظ في الشرع جعل إنشاء، فلا يصدق في إرادةِ الإخبار عنه؛ كقوله: أنت طالقٌ، إذا أراد به الإخبار عن الماضي كاذباً، ولا يسعُ للمرأةِ أن تصدقه كما لا يسع للقاضي؛ لأن القاضي إنما لا يصدقه لادعائه خلافَ الظاهر، وهذا موجودٌ في حقِّ المرأة، ويصدق فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه؛ وكذا إذا قال: أنا منك مظاهراً أو قد ظاهرتُكِ، فهو مظاهرٌ، نوى به الظهار أو لا نيةَ له؛ لأن هذا اللفظ صريحٌ في الظهارِ أيضاً؛ إذ هو مكشوفُ المراد عند السامع، فلا يَفْتَقِرُ إلى النية، وأيَّ شيءٍ نوى لا يكون إلا ظهاراً، وإن أراد به الخبر عن الماضي كاذباً، لا يصدق قضاءً، ويصدق ديانة؛ لما قلنا؛ كما لو قال: أنت مطلقةٌ، أو: قد طلقتُكِ.

وَكَذا لَوْ قالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَبَطْنِ أُميِّ، أَوْ كفَخْذِ أُميِّ، أَوْ كَفَرْجِ أُميَّ، فَهَٰذا وَقَوْلُهُ: أَنْتَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ـ عَلَى السَّواءِ؛ لأَنَّه يَجْرِي مَجْرى الصَّريح لما ذَكَرْناه فيما تَقَدَّمَ.

وَلَوْ قَالَ لَها أَنْتِ عَليَّ كَأُمِّي، أَوْ مِثْلَ أُمِّي، يَرْجِعُ إلى نيتِهِ؛ فَإِنْ نَوَىٰ بِهِ الظِّهَارَ، كَانَ مُظَاهِراً، وإنْ نَوىٰ به الكَرَامةِ كَانَ كِرامة، وإن نَوَىٰ به الطَّلاق، كان طلاقاً، وإن نوى به اليمينَ كَانَ إيلاءً؛ لأنَّ اللفظَ يَحْتَملُ كلَّ ذَلكِ؛ إذْ هُوَ تشبيهُ المرأةِ بالأمِّ، فَيحتملُ التَّشْبيهُ في الكرامةِ والمنزلةِ، أيْ: أَنْتِ عَليَّ في الكَرامَةِ والمنْزِلَةِ كَأُميِّ، وَيَحْتمِلُ التشْبيهُ في الحُرْمَةِ، ثُمَّ يَحْتَمِلُ ذَلك حُرْمَةَ الظِّهَارِ، وَيَحْتَمِلُ حَرَمَةَ الطَّلاَقِ وَحُرْمَةَ اليَمينِ، فأي ذلك نوى فَقَدْ نَوى ما يحتملُه لفظُه، فيكونُ عَلَى مَا نَوى.

وإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نيةٌ لاَ يَكونُ ظِهَاراً عِنْدَ أبي حَنِيفَة، وَهُوَ قَوْلُ أبي يوسف، إلا أَنَّ عِنْدَ أبي حنيفةَ لاَ يكُونُ شَيْئاً، وَعِنْدَ أبي يوسف يَكُونُ تحريم اليمين، وَعِنْدَ محمدٍ يَكونُ ظِهَاراً.

احتج محمدٌ بقوله ـ تعالى ـ في آيةِ الظهارِ رَدّاً على المظاهرين: ﴿مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ [المجادلة:٢] وذكر الله ـ سبحانه وتعالى ـ الأم ولم يذكر ظَهْرَ الأمِّ، فدلَّ أن تشبيه المرأة بالأم وهو قوله: أنتِ عَلَيَّ كأمي، ظهارٌ حقيقة؛ كقوله: أنت علي كظهر أمي، بل أولى؛ لأن قوله: أنت علي كظهر أمي، تشبيه المرأة بعضوِ من أعضائها.

---

(١) في أ: أراد.

وقوله أنت [عليَّ][1] كأمي، تشبيه بكلِّها، ثم ذاك لما كان ظهاراً فهذا أولى؛ ولأن كاف التشبيه تختص بالظهار، فعند الإطْلاَقِ تحمل عليه، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن هذا اللفظ يحتملُ الظهار وغيره احتمالاً على السواء لما ذكرنا، فلا يتعيَّن الظهارُ إلا بدليلٍ معينٍ ولم يوجد، إلا أن أبا يوسف يقولُ: يُحْمَلُ على تحريم اليمين؛ لأن الظاهر إنه أراد بهذا التشبيه التشبيه في التحريم، وذلك يحتمل تحريم الطلاق وتحريم اليمين، إلاَّ أن تحريم اليمين أدنى/ فيحمل عليه. ١٢١ب

والجوابُ: إنَّا لا نسلم إنه أراد به التشبيه في التحريم، بل هو محتملٌ، يحتمل الحرمة وغيرها، فلا يتعين[2] التحريم من غير دليلٍ مع ما أن معنى الكرامة والمنزلة أدنى فيحمل مطلقِ التشبيه عليه، وما ذكره محمدٌ أن الله ـ تعالى ـ ذَكَرَ الأمهات لا ظهورهن، قلنا: هذا لا يَدُلُّ على أن التشبيه بالأم ظهارٌ حقيقة؛ لأنه لو كان حقيقة لقال: ما هُنَّ كأمهاتهم [شبهها بالأم][3]؛ لأنه أثبت الأمومية لها.

ولو قال: أنتِ عليَّ حرامٌ كأمي، حُمل على نيته؛ لأنه إذا ذكر مع التشبيه التحريم لم يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم، ثم هو يحتملُ تحريمَ الظهارِ، ويحتمل تحريم الطلاق والإيلاء، فيرجع إلى نيته، فإنْ لم يكن له نية يكون ظهاراً؛ لأنَّ حرف التشبيه يختصُّ بالظهارِ، فَمُطْلَقُ التحريمُ يُحْمَلُ عليه.

ولو قال: أنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ كظهر أمي، فإن نوى الظهار أو لا نية له أصلاً، فهو ظهارٌ، وإن نوى الطلاق لم يكن إلا ظهاراً في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يكون طلاقاً.

وروي عن أبي يوسف أنه يكون ظهاراً وطلاقاً معاً[4]، وجه قولهما: أَن قولَهُ: أنتِ عَلَيَّ حرامٌ، يحتملُ الطلاقَ كما يحتمل الظهارَ، فإذا نوى به الطلاقَ، فقد نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيتُهُ.

وأبو حنيفة يقولُ: لما قال بعد قولِهِ حرامٌ كظهر أمي، فقد فسر التحريم بتحريم الظهار، فزالَ الاحتمالُ، فكان صريحاً في الظهارِ، فلا نعمل فيه النية، وما روي عن أبي يوسف غير سديدٍ؛ لأنه حمل اللفظ الواحد على معنيين، واللفظُ الواحد لا ينْتَظِمُ معنيين مختلفين.

ولو قال: أنتِ عليَّ كالميتة، أو كالدم، أو الخمرِ، أو كلحمِ الخنزيرِ، يرجعُ إلى نيته؛ إن نوى الطلاق كان طلاقاً، وإنْ نوى التحريم أو لا نيةَ له يكون يَميناً ويصير مولياً، وإن قال عنيتُ به الكذب، لم يكن شيئاً ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء، وقد ذكرنا هذه المسألة في «كتاب الطلاق» في فصل «الإيلاء».

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: يتغير.

(٣) سقط من ط.

(٤) في أ: جميعاً.

فصل فيما يرجع إلى المظاهر منه

وأما الذي يرجع إلى المظاهر منه، فمنها: أن تكون زوجته، وهي أن تكون مملوكة له بملك النكاح، فلا يصحُ الظهارُ من الأجنبية لعدم الملك، ويصحُ ظهارُ زوجته تنجيزاً وتعليقاً وإضافة إلى وقتٍ؛ بأنْ قال لها: أنتِ علي كظهر أمي إلى رأسِ شهرٍ كذا لقيام الملك، وتعليقاً في الملك؛ بأن قال لها: إنْ دخلت الدار أو إن كلَّمت فلاناً، فأنتِ علَّي كظهرِ أمي لوجود الملك وقت اليمين.

وأما تعليقه بالملكِ وهو إضافتُهُ إلى سببِ الملك فصحيحٌ عندنا خلافاً للشافعي؛ بأن قال لأجنبية: إنْ تزوجُتك فأنتِ علي كظهرِ أمي، حتى لو تزوجها صار مظاهراً عندنا لوجود الإضافة إلى سبب الملك.

وعنده لا يصحُ لعدم الملك للحال.

ولو قال لأجنبية: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ عليَّ كظهرِ أمي، لا يقع[1] الظهار، حتى لو تزوجها فدخلتِ الدارَ لا يصير مظاهراً بالإجماعِ لعدم[2] الملك، والإضافة إلى سبب الملك، وعلى هذا يخرجُ الظهار من الأمة، والمُدَبَّرةِ، وأمُّ الولد، وَالمكاتَبَةِ، والمستسعاة على أصلِ أبي حنيفة أنه لا يصح لعدم الزوجية[3]، ثم إنما كانت الزوجية شرطاً لصحةِ الظهار[4]؛ لأنَ

---

(١) في أ: لا يصح. (٢) في أ: لانعدام.

(٣) ذهبت الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى اشتراط كون المظاهر منها زوجة، فلا يصح من الأمة، ولا تجب به كفارة على السيد، غير أن الحنابلة يقولون: تجب فيه كفارةُ يمين، لأنه يشبه قوله لها «أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ».

وذهبت المالكية، والظاهرية إلى عدم اشتراط ذلك، فأوجبوها على السيد بظهاره من أمته، وهو رأي سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والزهري، والثوري، وقتادة.

استدل أصحاب الرأي الأول بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ...﴾ الآية ووجهُ الدلالة من هذه الآية، أن الله ـ تعالى ـ أضاف النِّساء إلى المظاهرين، وهي ظاهرةٌ في الأزواج، فاختصّ الظهار بهم دون غيرهم. يقوى ذلك أن الظهار في الإسلام جاء ناسخاً لما كانت عليه الجاهليةُ من اعتباره طلاقاً مؤبداً، وهم إنما كانوا يعرفون الظهار في الزوجات دون الأرقاء فوجب بقاء المحل كما كان في الجاهلية والنسخ يرجع إلى الحكم، لا إلى المحل.

واستدل أصحابُ الرأي الثاني بالآية نفسها قائلين: إن الله تعالى أضاف النِّساء إلى المظاهرين، ولفظ النساء عامُ يتناول الزوجات والإماء، والعام يبقى على عمومه حتى يأتي ما يخصّصه. ولم يوجد المخصص، فكان الظهار معتبراً في الأرقاء كالزوجات.

ونحن إذا نظرنا: إلى أن السيد بظهاره من أمته الموطوءة له قد تجرأ على الله، فحرم ما جعله حلالاً له، وأن الأمة لا فرق بينهّا وبين الزوجة، إلا من جهة أن الزوجة حل وطؤها بعقد النكاح، وتلك حل وطؤها بملك اليمين، وأن ذلك لا يعتبر فارقاً مؤثراً في أن القول يعمل عمله في الزوجة دون الأمة.

ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف.

(٤) في ط: الإظهار.

ثبوت الحرمة بالظهار أمرٌ ثبت تَعَبُّداً غير معقول المعنى؛ لأن قوله: أنتِ عليَّ كظهر أمي، تشبيه المرأة بالأمِّ، وأنه محتمل يحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة، ويحتمل التشبيه في الحرمة.

ثم التشبيه في الحرمة محتمل أيضاً يحتمل حرمه الظهار، وهي الحرمةُ المؤقتةُ بالكفارة، ويحتملُ حرمة الطلاق وحرمة اليمين، وهذه الوجوه كلُّها في احتمال اللفظ سواءٌ، فلا يجوز تنزيله على بعض الوجوه من غير دليل معين، إلاَّ أن هذه الحرمة تثبت شرعاً غير معقول، فيقصر[1] على مورد الشرع وهي الزوجية، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة:٣]، والمراد منه الزوجات؛ كما في قوله ـ تعالى ـ: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة:٢٢٦]، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء:٢٣]، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة:٢٢٣] ونحو ذلك، وسواءٌ كانت الزوجة حرةً، أو أمةً قنة، أو مُدَبَّرَةً، وأمَّ ولدٍ أو ولدِ أم ولد، أو مُكَاتَبَةً، أو مستسعاة على أصل أبي حنيفة؛ لعموم قولهِ ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة:٥٨].

ومنها: قيام ملك النكاح من كلِّ وجهٍ، فلا يصح الظهار من المطلقة ثلاثاً ولا [من][2] المبانة والمختلعة، وإن كانت في العدة بخلاف الطلاق؛ لأن المختلعة والمبانة يلحقهما صريح الطلاق؛ لأن الظهار تحريم وقد ثبتت الحرمة بالإبانة والخلع وتحريم المحرم محال، ولأنه لا يفيد؛ لأن الثاني لا يفيد إلاَّ ما أفاده الأول فيكون عبثاً؛ لخلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق؛ ولأن الطلاق إزالة حل المحلية، وإنه قائمٌ بعد الإبانة فلم يكن إثبات الثابت فلم يكن مستحيلاً.

وكذا الثاني يفيد غير ما أفاده الأول، وهو نقصان/ العدد، فهو الفرق بين الفصلين، ١٢٢ وكذا[3] إذا علق الطلاق بشرط، ثم أبانها قبل وجود الشرط، ثم وجد الشرط وهي في العدة؛ أنه لا ينزل الظهار بخلاف ما إذا علق الإبانة بشرط فنجز الإبانة، ثم وجد الشرط وهي في العدة أنه يلحقها البائن المعلق؛ لما ذكرنا أن الظهار تحريم والمبانة محرمة، فلو لحقها الظهار بيمين كانت قبل الإبانة لكان تحريم المحرم وهو[4] مستحيل، ثم هو غير مفيد فاستوى فيه الظهار المبتدأ والمعلق بشرط؛ بخلاف البينونة المعلقة بشرط؛ لأن ثبوتها بعد تنجيز الإبانة غير مستحيل، وهو مفيد أيضاً وهو نقصان العدد، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

ومنها: أن يكون الظهار مضافاً إلى بدن الزوجة، أو إلى عضوٍ منها جامع أو شائع، وهذا

---

(١) في أ: فيقتصر.
(٢) سقط من ط.
(٣) في أ: وكذلك.
(٤) في أ: وإنه.

عندنا، وعند الشافعي: ليس بشرط، وتصح الإضافة إليها أو إلى كل عضو منها.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا قال لها: رأسُكِ عليَّ كظهر أمي، أو وجهك، أو رقبتك أو فرجك؛ أنه يصير مظاهراً؛ لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن، فكانتِ الإضافةُ إليها إضافة إلى جميع[1] البدن.

وكذا إذا قال لها: ثُلُثُكِ عليَّ كظهر أمي، أو ربعك، أو نصفك؛ ونحو ذلك من الأجزاء الشائعة.

ولو قال: يَدُكِ، أو رجلك، أو أصبعك، لا يصير مظاهراً عندنا؛ خلافاً للشافعي، واختلف مشايخنا في الظهر والبطن، وهذه الجملة قد مرت في «كتاب الطلاق».

فصل فيما يرجع إلى المظاهر به

وأما الذي يَرْجِعُ إلى المُظَاهَرِ به: فمنها: أن يكون من جنس النساء حتى لو قال لها: أنت عليَّ كظهر أبي، أو ابني، لا يصح [الظهار][2]؛ لأن الظهار عرفاً موجباً بالشرع، والشرعُ إنما ورد بها فيما كان المظاهر به امرأة.

ومنها: أن يكون عضواً لا يحل له النظر إليه من الظهر والبطن والفخذ والفرج، حتى لو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رجلها، لا يَصير مظاهراً؛ لأن هذه الأعضاء من أمّه يحلُّ له النظر إليها.

ومنها: أن تكون هذه الأعضاء من امرأةٍ يحرمُ نكاحها عليه على التأبيد، سواءٌ حرمت عليه بالرحم؛ كالأم والبنتِ، والأختِ، وبنتِ الأخ والأختِ، والعمةِ، والخالة، أو بالرضاعِ أو بالصهرية؛ كامرأة أبيه وحليلة ابنه؛ لأنه يحرم عليه نكاحُهُنَّ على التأبيد؛ وكذا أم امرأته، سواء كانت امرأته مدخولاً بها أو غير مدخولٍ بها؛ لأن نفس العقد على البنت محرمٌ للأم، فكانت محرمةَ عليه على التأبيد؛ وأما بنت امرأته فإن كانت امرأته مدخولاً بها فكذلك؛ لأنه إذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها على التأبيد، وإن كانت غير مدخولٍ بها لا يصيرُ مظاهراً؛ لعدمِ الحرمة على التأبيد، ولو شبهها بظهر امرأة زنى بها أبوه أو ابنه[3].

(١) في أ: جزء.

(٢) سقط من ط.

(٣) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن خصوص الأم ليس شرطاً في إيجاب الكفارة، غير أن بعضهم يقول: «يكفي في تحقق الظهار كون المشبه بها مؤبدة التحريم على المظاهر، كالشافعية، والحنفية، والمالكية». =

قال أبو يوسف: هو مُظَاهِرٌ، وقال محمد: ليس بمظاهرٍ بناء على أن قاضياً لو قضى بجواز نكاح امرأة زنى بها أبوه أو ابنه لا ينفذ قضاؤه عند أبي يوسف؛ حتى لو رفع قضاءه إلى قاض آخر أَبْطَلَهُ، فكانت محرمة النكاح على التأبيد، وعند محمد ينفذُ قضاؤه، وليس للقاضي الثاني أنْ يبطلَهُ، إذا رفع إليه فلم تكن محرمة على التأبيد.

وجْهُ قولِ أبي يوسف: أنَّ حُرْمَةَ نكاح موطوءة الأب منصوصٌ عليها، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَلاَ تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء:٢٢] لأن النكاح في اللغة: الضم، وحقيقةُ الضم في الوطء، فلم يكن هذا محل الاجتهاد؛ إذ الاجتهاد المخالف للنصوص باطلٌ، فالقضاء بالجواز يكون مخالفاً للنصِّ، فكان باطلاً؛ بخلاف ما إذا شبهها بامرأة قد فرق بينه وبينها باللسان أنه لا يكون مظاهراً، وإن كان لا يجوز له نكاحها ـ عندي، لأنه لو حَكَمَ حاكمٌ بجواز نكاحها جاز؛ لأن حرمة نكاحها غير منصوص عليه، فلم تكن محرمة على التأبيد.

وجه قول محمد: أنَّ جوازَ نكاحِ هذه المرأة مجتهدٌ فيه ظاهرُ الاجتهاد، وأنه جائز عند

= والبعض الآخر يقول: «يكفي في تحقُّقه كون المشبه به مما يحرم على المظاهر الاستمتاع به، ولو لم تكن الحرمةُ مؤبدةً، يستوي في ذلك الذُّكُورُ والإناث» كالحنابلة.

وذهبت الظاهرية إلى اشتراط كون المشبه بها في الظهار خصوص الأم، فلا ينعقد الظهارُ عندهم بتشبيه الزوجة بالأخت، أو العمة، أو الخالة مثلاً، ولا تجب الكفارةُ بذلك.

استدلَّ الجمهورُ بأن غير الأم من كل مؤبدة التحريم، كالأم في تأبيد الحرمة، فيجب اعتبارُ التشبيه به كالأم، والقياس حُجَّةٌ شرعيَّةٌ قام الدليل على اعتبارها، فلا عبرة بإنكار الظاهرية لها، لأن ذلك منهم مكابرة.

واستدل الظاهرية بقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ﴾.

ووجهُ الدلالة من الآيتين أن الله تعالى إنما تعرض لذكر الأم، ولم يتعرض لغيرها، فكان ذلك دليلاً على أن خصوص الأم هي المعتبرة في الظهار، ولا يصح قياسُ غيرها عليها، ، لأن القياس لا ينتج إلاَّ ظَنًّا، والظن منهيٌ عن اتباعه، فهو غير معتبر في الأحكام.

وبالنظر في وجهة كل يخبر أن رأي الجمهور هو الراجح؛ لقوة مدركة، وكون المولى ـ سبحانه وتعالى ـ نَصَّ على الأم، ولم ينصَّ على غيرها ـ لا يقضي باعتبار خصوص الأم شرطاً لإيجاب الكفارة على المظاهر، لأن اختصاصها بالذكر له فائدة أخرى، خلاف قصر الحكم عليها، وهو أن الغالب عند الجاهلية هو ما نصّ عليه القرآن. وشرط اعتبار المفهوم المخالف ألاَّ تظهر له فائدة أخرى، سوى نفي الحكم عن غير المذكور.

ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف.

الشافعي، وقد ظهر الاختلاف فيه في السلف فكان محلّ الاجتهاد، وظاهر النص محتمل التأويل، فكان للاجتهاد فيه مساغاً وللرأي مجالاً.

ولو شبهها بظهر امرأة هي أم المزنى بها أو بنت المزنى بها لم يكن مظاهراً؛ لأنَّ هذا فصل مجتهدٌ فيه ظاهرُ الاجتهاد في السلف، فلم تكنِ المرأةُ المظاهر بها محرمة على التأبيد، ولو قَبَّلَ أجنبيةً بشهوةٍ أو نَظَرَ إلى فرجها بشهوةٍ، ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهراً عند أبي حنيفة.

قال: ولا يشبه هذا الوطء، الوطء أبين وأظهر، عنى بذلك أنه لو شبه زوجته ببنت موطوءته له فلا يصير مظاهراً، فهذا أولى؛ لأن التقبيلَ واللمسَ والنظر إلى الفرج سببٌ مفضٍ إلى الوطء، فكان دون حقيقة الوطء، فلمَّا لم يصر مظاهراً بذلك، فهذا أولى.

وعند أبي يوسف يكون مظاهراً؛ لأن الحرمة بالنظر منصوص عليها.

١٢٢ب قال النبي ﷺ: «**مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ أَوْ نَظَرَ/ إِلىٰ فَرْجِهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا**»(١) وعلى هذا يخرجُ ما إذا شبهها بامرأةٍ محرمةٍ عليه في الحال وهي ممن تحلُّ له في حال أخرى؛ كأختِ امرأتِهِ، أو امرأةٍ لها زوجٌ، أو مجوسية أو مرتدة، أنه لا يكون مظاهراً؛ لأنها غيرُ محرمةٍ على التأبيد، والله أعلم.

فصل في حكم الظهار

وأما حكم الظهار، فللظهار أحكام: منها حرمةُ الوطء قبل التكفير؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] أي فليحرروا كما في قوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: ٣٣] أي: ليرضعن، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: ليتربصن، أمر المظاهر بتحرير رقبةٍ قبل المسيسِ، فلو لم يحرم الوطء قبل المسيس لم يكن للأمرِ بتقديم

---

(١) الحديث الذي في هذا الباب أخرجه الترمذي (٣/ ٤١٦ ـ ٤١٧) كتاب النكاح: باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا؟.

حديث (١١١٧) من طريق ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: أيما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحل له نكاح ابنتها وإن لم يكن دخل بها فلينكح ابنتها وأيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل بها فلا يحل له نكاح أمها.

وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح من قبل إسناده وإنما رواه ابن لهيعة والمثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب والمثنى بن الصباح وابن لهيعة يضعفان في الحديث.

التحرير قَبْلَ المسيس معنى؛ وهو كقوله - عزَّ وجلَّ -: ﴿يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نجواكم صَدَقَةً﴾ [المجادلة: ١٢] وأنه يدل على حرمةِ النجوى قبل الصدقة؛ إذ لو لم يحرم لم يكن للأمر بتقديم الصدقة على النجوى معنى؛ فكذا هذا.

وروي أن سلمة بن صخر البياضي(١) ظَاهَرَ من امرأتِهِ، ثم أبصرها في ليلة قمراء وعليها خلخال فضة، فأعجبته فوطئها، فسأل رَسُولَ الله ﷺ عن ذلك فقال له رسولُ الله - ﷺ -: «اسْتَغْفِرِ الله وَلاَ تَعُدْ حَتَّىٰ تُكَفِّرَ»(٢) أمره ﷺ بالاستغفار والاستغفارُ إنما يكون عن الذنبِ، فدلَّ

---

(١) سلمة بن صخر بن سلمان بن الصمة بن الحارث بن زيد مناة بن حبيب بن عبد حارثة بن مالك بن عضب بن جشم بن الخزرج الخزرجي - كان يقال له البياضي، لأنه كان حالفهم.

ويقال: اسمه سلمان، وسلمة أصح، وهو الذي ظاهر من امرأته قال البغوي: لا أعلم لا حديثاً مسنداً إلا حديث الظهار، رواه عنه سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، وأبو سلمة، وسماك بن عبد الرحمٰن ومحمد بن عبد الرحمٰن بن ثوبان.

ينظر: الإصابة (٣/ ١٢٦ - ١٢٧)، وأسد الغابة ت (٢١٧٦)، والاستيعاب ت (١٠٢٨)، والتهذيب (٤/ ٤٧)، والتقريب (١/ ٣١٧).

(٢) أخرجه الترمذي (٢/ ٣٣٤) كتاب الطلاق: باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، الحديث، وأحمد (٥/ ٤٣٦)، والدارمي (٢/ ١٦٣، ١٦٤) كتاب الطلاق: باب الظهار، وأبو داود (٢/ ٦٦٠، ٦٦٢): كتاب الطلاق باب الظهار، الحديث (٢٢١٣)، وابن ماجه (١/ ٦٦٥): كتاب الطلاق: باب الظهار، الحديث (٢٠٦٢)، وابن الجارود المنتقى ص (٢٤٨): كتاب الطلاق باب الظهار، الحديث (٧٤٤)، والحاكم (٢/ ٢٠٣): كتاب الطلاق: باب مسألة الظهار، وحكاية سلمة بن صخر، والبيهقي (٧/ ٣٨٥ - ٣٨٦): كتاب الظهار باب لا يقربها حتى يكفِّر.

من طريق محمد بن إسحاق عن محمد بن عمرو بن عطاء عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر قال: كنت امرأ قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت أحد غيري، فلما كان رمضان ظاهرت من امرأته حتى ينسلخ فرقاً من أن أصيب من ليلي منها شيئاً فأتّابع في ذلك حتى يدركني النهار وأنا لا أستطيعُ أن أنزع. فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ انكشف لي منها فوثبت عليها، فلما أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري، فقلت لهم: انطلقوا إلى رسول الله ﷺ فأخبروه بأمري، فقالوا: لا والله لا نفعل، نتخوف أن ينزل فينا قرآن، أو يقول فينا رسول الله ﷺ مقالة يبقى علينا عارها، ولكن اذهب فاصنع ما بدا لك، فخرجت حتى أتيت رسول الله ﷺ فأخبرته خبري. فقال لي: أنت بذاك؟ فقلت: أنا بذاك. قال: أنت بذاك؟ قلت: أنا بذاك؟ قال: أنت بذاك؟ قلت: أنا بذاك فامض في حكم الله فإني صابر محتسب، قال: أعتق رقبة، قال: فضربت صفحة عنقي فقلت: والذي بعثك بالحق يا رسول الله ما أصبحت أملك غيرها، قال: فصم شهرين متتابعين، قلت: يا رسول الله: وهل أصابني ما أصابني إلا في الصوم، قال: فاطعم ستين مسكيناً، قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشاً ما لنا عشاء، قال: اذهب إلى صاحب صدقة بني زُرَيْقٍ، قال يحيى والصواب زريقٌ. فقل له فليرفعها إليك فاطعم عنك منها وسقاً من تمر ستين مسكيناً، ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك، قال: فرجعت إلى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند النبي ﷺ السعة والبركة، قد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إلي، قال فدفعوها لي. =

على حرمة الوطء، وكذا نهى المظاهر عن العود إلى الجماع، ومطلقُ النهي للتحريم فيدلُّ على حرمة الجماع قبل الكفارة.

وروي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: «إذَا قال أنتِ عليَّ كظهرِ أمي، لم تحلَّ له حتى يُكَفِّرَ».

ومنها: حرمةُ الاستمتاع بها من: المباشرةِ والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر إلى فرجها عن شهوة قَبْلَ أَنْ يكفر؛ لقولِه ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ [المجادلة: ٣] وأخفُّ ما يَقَعُ عليه اسمُ المس، هو اللمس باليد؛ إذ هو حقيقةٌ لهما جميعاً، أعني: الجماعَ واللمسَ باليدِ؛ أو جود معنى المس[1] باليد فيهما، ولأنَّ الاستمتاعَ داع إلى الجماع؛ فإذا حُرِّمَ الجماع حُرِّمَ الداعي إليه، إذ لو لم يحرم لأدى إلى التناقض، ولهذا حرم في الاستبراء وفي الإحرام بخلافِ

= قال الترمذي: حديث حسن... وقال محمد ـ يعني البخاري سليمان بن يسار لم يسمع عندي من سلمة بن صخر.

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي. وفيه نظر.

محمد بن إسحاق مدلس وقد عنعنه

سليمان بن يسار لم يدرك سلمة بن صخر.

قال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ١٩٠ ـ ١٩١): سلمان بن يسار أحد كبار التابعين سمع من جماعة من الصحابة منهم زيد بن ثابت، وعائشة، وأبو هريرة، وميمونة مولاته، وأم سلمة، وابن عباس، والمقداد بن الأسود، ورافع بن حديج، وجابر رضي الله عنهم، وأرسل عن جماعة منهم عمر رضي الله عنه قاله أبو زرعة، وسلمة بن صَخر البياضي قال البخاري لم يسمع منه، وعبد الله بن حذامة قال يحيى بن معين لم يسمع منه.

ومحمد بن إسحاق تويع

أخرجه أبو داود (٢٢١٧) وابن الجارود (٧٤٥) من طريق ابن وهب عن ابن لهيعة وعمرو بن الحارث عن بكير بن الأشج عن سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر به. لتبقى علة الانقطاع.

وللحديث طريق آخر أخرجه الترمذي (٣/ ٥٠٣ ـ ٥٠٤) كتاب الطلاق: باب ما جاء في كفارة الظهار حديث (١٢٠٠) والحاكم (٢/ ٢٠٤) والبيهقي (٧/ ٣٩٠) من طريق يحيى بن أبي كثير أنبأنا أبو سلمة ومحمد بن عبد الرحمٰن بن ثوبان، إن سلمان بن صخر الأنصاري أحد بني بياضة جعل امرأته عليه كظهر أمه حتى يمضي رمضان فلما مضى نصف من رمضان وقع عليها ليلاً، فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له فقال له رسول الله ﷺ: «أعتق رقبة» قال: لا أجدها. قال: «فصم شهرين متتابعين» قال: لا أستطيع. قال: «أطعم ستين مسكيناً» قال لا أجدها فقال: لا أجد: فقال رسول الله ﷺ لفروة بن عمرو «أعطه ذلك العرق (وهو مكتل يأخذ خمسة عشر صاعاً أو ستة عشر صاعاً) إطعام ستين مسكيناً».

وقال الترمذي: حديث حسن.

وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي.

(١) في أ: اللمس.

باب الحيض والنفاس؛ لأن الاستمتاع هناك لا يفضي إلى الجماع؛ لوجود المانع وهو استعمال الأذى، فامتنع عمل الداعي للتعارض فلا يفضي إلى الجماع؛ ولأن هذه الحرمة إنما حصلت بتشبيه امرأته بأمِّه، فكانت قبل انتهائها بالتكفير وحرمة الأُم سواء، وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع؛ كذا هذه؛ ولأنَّ الظهارَ كان طلاق القوم[1] في الجاهلية، فنقله الشرع من تحريم المحل إلى تحريم الفعل، فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعلِ في المطلقة بعد زوال النكاح، وتلك الحرمة تعم البدن كله كذا وهذا، ولا ينبغي للمرأة إذا ظاهر منها زوجها أن تدعه بقربها بالوطء والاستمتاع حتى يُكَفِّرَ؛ لأن ذلك حرامٌ عليه، والتمكينُ من الحرامِ حرامٌ.

ومنها: أن للمرأة أن تطالبه بالوطء، وإذا طالبته به فعلى الحاكم أن يجبره حتى يُكَفِّرَ ويطأ؛ لأنه بالتحريم بالظهار أضر بها حيث منعها حقها في الوطء مع قيام الملك، فكان لها المطالبة بإيفاء حقِّها ودفعِ التضرر عنها، وفي وسعه إيفاء حقها بإزالة الحرمة بالكفارة فيجب عليه ذلك وَيُجْبَرُ عليه لو امتنع.

ويستوي في هذه الأَحكام جميع أنواع الكفارات كلّها منَ: الإعتاقِ والصيام والطعام، أعني: كما أنه لا يباح له وطؤها والاستمتاع بها قبل التحرير والصوم، لا يباح له قبل الإطعام؛ وهذا قول عامة العلماء.

وقال مالك: إن كانت كفارته الإطعام جاز له أن يطأها قبله؛ لأَن الله ـ تعالى ـ ما شرط تقديم هذا النوع على المسيس في كتابه الكريم؛ ألا ترى أنه لم يذكر فيه من قبل أن يتماسا، وإنما شرط ـ سبحانه وتعالى ـ في النوعين الأَولين فقط، فيقتصر الشرط على الموضع المذكور.

ولنا: أنه لو أبيح له الوطء قبل الإطعام فيطؤها، ومن الجائز أنه يقدر على الإعتاق والصيام في خلال الإطعام فتنتقل كفارته إليه، فتبين أن وطأه كان حراماً، فيجب صيانته عن الحرام بإيجاب تقديم[2] الإطعام احتياطاً.

وعلى هذا يخرج ما إذا ظاهر الرجلُ من أربع نسوةٍ له أن عليه أربع كفارات، سواء ظاهر منهن بأقوال مختلفة أو بقول واحدٍ.

(١) في أ: البدن.
(٢) في أ: فعل.

وقال الشافعي: إذا ظاهر بكلمة واحدة فعليه كفارة واحدة[١].

وجه قوله إن الظهار أحد نوعي التحريم فيعتبر بالنوع الآخر، وهو الإيلاء، وهناك لا يجب إلا كفارة واحدة بأن قال لنسائه الأربع: **«والله، لا أقربكُنَّ»** فقربهن، فكذا ههنا.

ولنا: الفرق بين الظهار وبين الإيلاء، وهو أن الظهار، وإن كان بكلمةٍ واحدةٍ؛ فإنها ١٢٣أ تتناول كل واحدة منهن على حيالها/ فصار مظاهراً من كل واحدة منهن، والظهار تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة، فإذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة بخلاف الإيلاء؛ لأنَّ الكفارة ثمة تجب لحرمة اسم الله ـ تعالى ـ جبراً لهتْكِهِ، والاسم اسم واحد، فلا تجب إلا كفارة واحدة؛ وكذا إذا ظاهر مَن امرأة واحدة بأربعة أقوال يلزمه أربع كفارات؛ لأنه أتى بأربع تحريمات، ولو ظاهر

---

(١) لا خلاف بين العلماء في أن الظهار يتعدد بتعدد المظاهر منها، فمن له زوجات، وقال لكل واحدةٍ منهن: «أنتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمّي» وجبت عليه كفارات بعددهن، إذا وجد العود، لحصول السبب في كل منهن، وهو الظهار والعود.

ولا خلاف بينهم أيضاً في أنه إذا ظاهر من نسائه، أو من إحداهن بعد أن كَفَّر ـ عن الظهار الأول ـ تجب عليه كفارةٌ أخرى؛ لوجود سببها.

واختلفوا فيما إذا كرر الظهار في المرأة الواحدة، قبل أن يخرج الكفارة عن الأول، سواء كان ذلك في مجلس واحد، أم في مجالس متعددة في يوم واحد، أم في أيام تعددة.

فذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ في مشهور مذهبه ـ والشافعي ـ في ـ قوله القديم ـ إلى أنه تجب بذلك كفارة واحدة، قصد بذلك التأكيد، أو الاستئناف؛ لأن الموجب للتحريم إنما هو القول الأول، وأما الثاني ـ فلا أثر له فيه، والكفارة إنما تجب بالقول المحرم؛ فتختص بالأول.

وذهب الإمام أبو حنيفة، وأصحابه إلى أن تكرر اللفظ يوجب تعدد الكفارة، ولو وقع ذلك في المجلس الواحد، ما دام لم ينوِ التأكيد، فإن نواه ـ وجبت كفارة واحدةٌ، ويصدق في نية التأكيد قضاء.

وذهبت المالكية إلى أنه تَجِبُ كفارة واحدة، إلا إذا نوى به كفارات؛ فيعامل بمقتضى نيته، وهذا هو قولُ الشافعي في الجديد.

ووجهتهم في ذلك أنه بالظهار الأول تثبت الحرمة المؤقتة، على بقاء ملك الحلِّ، فيصح الظهار الثاني والثالث، ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة؛ كالخمر، فإنها حرامٌ على الصائم، لعينها، ولصومه وليمينه إذا حلف على ترك شربها. وما قيل: إن في هذا تحصيل الحاصل مدفوعٌ بأن الثابت بكل ظهار حرمة مغايرة لما ثبت بالآخر، كما في أسباب الحدث.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن القول بالتفصيل هو الراجح؛ لأن المكرر للفظ متى قصد الاستئناف بالثاني ـ فقد جعله معتبراً؛ كالقول الأول؛ فوجب أن يأخذ حكمه، تحقيقاً لقصده. وأما إذا نوى به التأكيد ـ فقد جعل المعتبر عنده هو القول الأول، والثاني لم يفد فائدة جديدة. ولم يوجد ما يقوى سببيته للكفارة، وهو نيتها، فوجب إلغاؤه.

ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف.

من امرأة واحدة في مجلسٍ واحدٍ ثلاثاً أو أربعاً، فإن لم يكن له نية، فعليه لكلِّ ظهارٍ كفارةٌ؛ لأَن كلَّ ظهارٍ يوجب تحريماً لا يرتفع إلا بالكفارة.

فإن قيل: إنها إذا حرمت بالظهار الأَول فكيف تحرم بالثاني، وأنه إثبات الثابت، وأنه محال، ثم هو غير مفيد، فالجواب: أَن الثاني إن كان لا يفيد تحريماً جديداً، فإنه يفيد تأكد الأَول، فلئن تعذر إظهاره في التحريم أمكن إظهاره في التكفير، فكان مفيداً فائدة التكفير، وإن نوى به الظهار الأول، فعليه كفارةٌ واحدةٌ؛ لأَن صيغته صيغة الخبر، وقد يكرر الإنسان اللفظ على إرادة التغليظ والتشديد دون التجديد، والظهار لا يوجب نقصان العدد في الطلاقِ؛ لأَنه ليس بطلاقٍ ولا يوجب البَيْنُونَة، وإن طالت المدة؛ لأنه لا يوجب زوال الملك؛ وإنما يحرم الوطء قبل التكفير مع قيام الملك.

وإن جامعها قَبْلَ أن يكفر لا يلزمه كفارة أخرى؛ وإنما عليه التوبةُ والاستغفارُ، ولا يجوز له أَنْ يعود حتى يكفر؛ لما روينا أَنَّ رَسُولَ الله ـ ﷺ ـ قال لذلك الرجل الذي ظَاهَرَ من امرأتِهِ فواقعها قَبْلَ أَنْ يكفر: «اسْتَغْفِرِ الله وَلاَ تَعُدْ حَتَّىٰ تُكَفِّرَ»، فأمره ـ ﷺ ـ بالاستغفارِ لما فعل لا بالكفارة، ونهاه ـ ﷺ ـ عن العودِ إليه إلا بتقديم الكفارة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل في بيان ما ينتهي به حكم الظهار

وأما بيان ما يَنْتَهِي به حكم الظهار أو يبطل، فحكم الظهار ينتهي بموتِ أحدِ الزوجين؛ لبطلان محل حكم الظهار، ولا يتَصَوَّرُ بقاء الشيء في غير محله، وينتهي بالكفارة وبالوقت إن كان مؤقتاً؛ وبيان ذلك أن الظهار لا يخلو إما إن كان مطلقاً وإما إن كان مؤقتاً، فالمطلق كقوله: أنت عليَّ كظهر أمي، وحكمه لا ينتهي إلا بالكفارةِ؛ لقوله ـ ﷺ ـ لذلك المظاهر: «اسْتَغْفِرِ الله وَلاَ تَعُدْ حَتَّىٰ تُكَفِّرَ» نهاه عن الجماع وَمَدَّ النهي إلى غاية التكفير فيمتد إليها، ولا يبطل ببطلان ملك النكاح، ولا ببطلان حل المحلية، حتى لو ظاهر منها ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم تزوجها لا يحل له وطؤها والاستمتاعُ بها حتى يكفِّر؛ وكذا إذا كانت زوجته أمة فظاهر منها، ثم اشتراها حتى بطل النكاح بملك اليمين، وكذا لو كانت حرة فارتدت عن الإسلامِ ولحقت بدارِ الحرب فسبيت ثم اشتراها؛ وكذا إذا ظاهر منها ثم ارتدَّتْ عن الإسلامِ في قولَ أبي حنيفة، واختلفت الرواية عن أبي يوسف على ما ذكرناه في الإيلاء.

وكذا إذا طلقها ثلاثاً فتزوجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الأَول، لا يحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة عليه؛ لأن الظهار قد انعقد موجباً حكمه وهو الحرمة، والأصل أن التصرف الشرعي إذا انعقد مفيداً لحكمه وفي بقائه احتمال الفائدة أو وهم الفائدة، يبقى لفائدة محتملة أو موهومة، أصله الاباق الطارىء على البيع واحتمال العود ههنا قائمٌ فيبقى، وإذا بقي يبقى على

ما انعقد عليه وهو ثبوت حرمة لا ترتفع إلا بالكفارة، وإن كان مؤقتاً بأن كان قال لها: أنتِ عليَّ كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنةً، صح التوقيتُ، وينتهي بانتهاء الوقت بدون الكفارة عند عامَّة العلماء، وهو أحد قولي الشافعي، وفي قوله الآخر وهو قول مالك: يبطلُ التأقيتُ ويتأبدُ الظهار.

وجه قوله: إن الظهار أخو الطلاق؛ إذ هو أحد نوعي التحريم ثم تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت؛ كذا تحريم الظهار.

ولنا: أن تحريم الظهار أشبه بتحريم اليمين من الطلاق؛ لأن الظهار تحله الكفارة كاليمين يحله الحنث، ثم اليمين تتوقت كذا الظهار بخلاف الطلاق؛ لأنه لا يحله شيء فلا يتوقت، والله عزَّ وجلَّ أعلم

فصل في كفَّارة الظهار

وأمَّا بيانُ كَفَّارة الظِّهار، فالكلامُ فيه يقع في مواضع: في تفسير كفارة الظهار، وفي بيان سبب وجوبها، وفي بيان شرط وجوبها، وفي بيان شرط جوازها.

أما تفسيرُها فما ذكره الله ـ عزَّ وجلَّ ـ في كتابه العزيز من أحد الأنواع الثلاثة لكن على الترتيب، الإعتاق ثم الصيام ثم الإطعام[١].

وأمَّا سبب وجوب الكَفارة: فلا خلاف في أنَّ الكفارةَ لا تجب إلا بعد وجود العود والظهار؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَماسَّا﴾ [المجادلة: ٣] غير أنه اخْتُلِفَ في العود.

قال أصحابُ الظواهر: هو أَن يكون لفظ الظهار[٢].

---

(١) اتفقت كلمة الفقهاء على أن لكفارة الظهار أنواعاً ثلاثة؛ وهي عتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين إن عجز عن الرقبة، أو إطعام ستين مسكيناً، إن لم يقدر على الصيام، وهي واجبة على الترتيب كذلك.

(٢) الناظر في الآية الكريمة يرى أن الله ـ تعالى ـ قد ذكر الكفارة بعد أن ذكر أمرين: الظهار، والعود، وعطف ذلك بإلغاء المفيدة للترتيب، والمشعرة بأن ما قبلها سبب فيما بعدها، وهذا يؤخذ منه أن مجموع الأمرين سبب في الكفارة هَذَا هو المعروف من مذاهب الفقهاء.

العود عند الفقهاء:

اختلفت كلمةُ الفقهاء في تفسير العود. فقالت الشافعية: هو إمساكُ الزَّوْجَةِ مدة يتمكن فيها الزوجُ من الفرقة، دون أن يفارق؛ لأن الظهار فيه تشبيه الزوجة بالأم، وهو يقتضي ألا يمسكها زوجة، فإذا أمسكها زوجة، فقد عاد فيما قال: لأن العود للقول مخالفة، يقال: قال فلان قولاً، ثم عاد له، وعاد فيه؛ أي: =

وقال الشافعي: هو إمساكُ المرأةِ على النكاحِ بعد الظهار، وهو أن/ يسكت عن طلاقها ١٢٣ب عَقِيب الظهارِ مقدار ما يمكنه طلاقها فيه، فإذا أمسكها على النكاح عَقِيب الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه، فلم يطلِّقها، فقد وجبت عليه الكفارة على وجهٍ لا يحتمل السقوط بعد ذلك،

= خالفه، وهو قريب من قولهم: «عاد في هبته» إذا رجع فيها، ونقضها.
وقالت المالكية: هو العزم على الوطء مع نية الإمساك، أو هو الوطء نفسه.
ووجهة المالكية: أن العزم قول نفسي، والمظاهر قال قولاً يقتضي التحليل، وهو: النكاح، وقال قولاً يقتضي التحريم، وهو: الظهار، ثم عاد لما قال، وهو قول التحليل، ولا يصح أن يكون ذلك القول عقد النكاح؛ لأنه باقٍ، فلم يبق إلاّ أنه قول عزم، يخالف ما اعتقده، وقاله في نفسه من الظهار الذي أخبر عنه بقوله: «أَنت عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي» وإذا كان كذلك كفَّر، وعاد إلى أهله، ولا يكون ذلك إلاّ بعد بقاء إمساكها.
وقالت الحنفية: هو العزم على الوطء فقط.
ودليلهم ما تقدم للمالكية، ويؤيد ذلك ما ثبت من حديث أوس بن الصامت: «دعا امرأته إليه بعد ظهارهِ منها، فقالت له: والّذي نفس خولةَ بيدِهِ لا تصل إِليّ، وقد قلتَ ما قلتَ حتّى يحكمَ الله ورسولُهُ».
وقالت الحنابلة: هو الوطء نفسه؛ لأن الكفارة في الظهار كفارة يمين؛ فلا تجب بغير الحنث؛ كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود، وهو فعل ما حلف على تركه، وهو الجماع؛ ولأن الظهار يمين يقتضي ترك الوطء فلا تجب الكفارة إلاّ به، كالإيلاء.
وقالت الظاهرية: هو تكرير اللفظ الذي قاله؛ لأنه لا يعقل من اللغة غير هذا، وبهذا جاءت السنة. عن عائشة أم المؤمنين ـ رضي الله عنها ـ قالت: «إِنَّ جَمِيلَةَ بِنْتَ ثَعْلَبَةَ امرأة أوس بن الصامت، وكان به لمم، فكان إذا اشتد لممه ظاهر منها، فأنزل الله ـ عز وجل ـ فيه آية الظهار» فهذا يقتضي التكرار ولا بد:
وبالنظر في وجهة كلٍّ يخبر أن الحقّ مع من يقول: إن العود هو: العزم على الوطء مع بقاء الإمساك؛ لأن الله ـ سبحانه وتعالى ـ ذكر العود بكلمة «ثُمَّ» ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ وهي تقتضي التراضي الزماني، والإمساك معقب لا متراخي، الذي قالت به الشافعية، وليس هو الوطء كما قالت الحنابلة ـ لأن الله ـ سبحانه وتعالى ـ قال: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ فلو كان العود هو الوطء ـ لما كان لقوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ معنى، وأيضاً فإن تعلق الحكم بالموصول دليل، على عليّة ما في حيِّز الصلة، وما في حيِّز الصلة هو الظهار والعود، فلو كان المراد من العود الوطء ـ لما كان لقوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ موقع؛ لأن الوطء محرّم قبل التكفير؛ فلا يصح أن يراد من العود، وإلاّ كان مأموراً به قبل التكفير مَنْهِيًّا عنه قبله، وهو باطل؛ كما لا يصح أن يراد منه العزم فقط؛ إذ لو كان هو العود ـ لما سقطت الكفارة بعد الطلاق بعد العزم على الوطء؛ كما لا يصح أن يرادَ به إعادة اللفظ؛ لأن العود يقتضي أمرين.
أمراً يعود إليه، وأمراً يعود عنه، ولا بد منهما؛ فالذي يعود عنه يتضمن نقضه وإبطاله، والذي يعود إليه يتضمن إيثاره وإرادته، فعود المظاهر يقتضي نقض الظهار وإبطاله، كما يقتضي رجوعه إلى الحالة التي كان عليها قبل الظهار، وهي: حِلُّ الاسْتِمْتَاعِ.
ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف، وينظر المحلى ١٠/ ٤٩، حاشية الدسوقي ٢/ ٣٩٧، المغني ٨/ ٥٧٣.

سواء غابَت، أو ماتت، وإذا غاب فسواء طلقها أو لم يطلقها، راجعها أو لم يراجعها، ولو طلقها عَقِيب الظهار بلا فصل يبطل الظهار، فلا تجب الكفارة لعدم إمساك المرأة عَقِيب الظهار.

وقال أصحابنا: العودُ: هو العزمُ على وطئها عزماً مؤكداً، حتى لو عزم ثم بَدَا له في أن لا يطأها لا كفارة عليه؛ لعدم العزم المؤكد، لا أنه وجبت الكفارة بنفس العزم ثم سقطت؛ كما قال بعضهم؛ لأَن الكفارة بعد سقوطها لا تعود إلا بسبب جديد.

وجه قول أصحاب الظَّواهِر: التمسكُ بظاهر لفظه العود؛ لأن العود في القول عِبارةٌ عن تكراره؛ قال الله - تعالى -: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَىٰ الَّذِينَ نُهُوا عَنِ النَّجْوَىٰ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾ [المجادلة:٨] فكان معنى قوله: ﴿ثُم يعودون لما قالوا﴾ أي: يرجعون إلى القولِ الأَول فيكررونه.

وجه قول الشافعي: أن قوله - تعالى -: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ. . .﴾ [المجادلة:٣] يقتضي وُجُوبَ الكفارة بعد العود؛ وذلك فيما قلنا لا فيما قلتم؛ لأن عندكم لا تجب الكفارة، وإنما يحرم الوطء إلى أن يؤدي الكفارة فترتفع الحرمة، وهذا خلافُ النصِّ.

ولنا: أَنَّ قول القائل: قال فلان كذا، ثم عاد [لما][1] قال في اللغة: يحتملُ أنْ يكونَ معناهُ: عاد إلى ما قال، وفيما قال، أي كرره، ويحتمل أن يكون معناه: عاد لنقض ما قال؛ فإنه حُكِيَ أَنَّ أعرابياً تكلم بين يدي الأصمعي بأنه كان يبني بناء ثم يعود له، فقال له الأَصمعي: ما أردتَ بقولك: أعود له؟ فقال: أنقضه.

ولا يمكن حمله على الأَول وهو التكرار؛ لأَنَّ القول لا يحتمل التكرار؛ لأن التكرار إعادة عين الأول، ولا يتصور ذلك في الأَعراض لكونها مستحيلة البقاء، فلا يتصور إعادتها؛ وكذا النبيُّ - ﷺ - لما أمر أُويساً بالكفارة لم يسأَلْهُ أنه هل كرر الظهار أم لا، ولو كان ذلك شرطاً لسأَله؛ إذ الموضع موضع الإشكال، وكذا الظِّهار الذي كان متعارفاً بين أهل الجاهلية؛ لم يكن فيه تكرار القول، وإذا تعذر حمله على الوجه الأول، يحمل على الثاني، وهو العود لنقض ما قالوا وفسخه، فكان معناه ثم يرجعون عما[2] قالوا؛ وذلك بالعزم على الوطء، لأن ما قاله المظاهر هو تحريم الوطء، فكان العود لنقضه وفسخه استباحةَ الوطء، وبهذا تبين فساد تأويل الشافعي للعود بإمساك المرأة واستبقاء النكاح؛ لأَن إمساك المرأة لا يعرف عوداً في اللغة، ولا إمساك شيء من الأشياء يتكلم فيه بالعود؛ ولأَنَّ الظهارُ ليس برفع النكاح حتى يكون العود لما قال استبقاء للنكاح، فبطل تأويلُ العود بالإمساك على النكاح.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: لما.

والدليلُ على بطلان هذا التأويل أَنَّ الله ـ تعالى ـ قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة:٣]، وَثُمَ للتراخي، فمن جعل العود عبارة عن استبقاء النكاح وإمساك المرأة عليه، فقد جعله عائداً عَقِيب القول بلا تراخي، وهذا خلافُ النصِّ.

أما قوله: أَنَّ النص يقتضي وجوب الكفارة، وعندكم لا تجب الكفارة، فليس كذلك؛ بل عندنا تجب الكفارة إذا عزم على الوطء؛ كأنه قال ـ تعالى ـ إذا عزمت على الوطء فكفِّر قبله، كما قال ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَىٰ الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا [وُجُوهَكُمْ][1]...﴾ [المائدة:٦] وقوله ـ سبحانه ـ: ﴿إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا...﴾ [المجادلة:١٢] ونحو ذلك.

واخْتُلِفَ أيضاً في سبب وجوب هذه الكفارة، قال بعضُهم: إنها تجب بالظهار والعود جميعاً؛ لأن الله ـ تعالى ـ علقها بهما بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِير رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة:٣].

وقال بعضُهم: سبب الوجوب هو الظهار، والعود شرط؛ لأَن الظهار ذنب؛ ألا ترى أن الله ـ تعالى ـ جعله منكراً من القول وزوراً، والحاجة إلى رفع الذنب والزجر عنه في المستقبل ثابتةٌ، فتجب الكفارة لأَنها رافعةٌ للذنب وزاجرةٌ عنه.

والدليل عليه أنه تضاف الكفارة إلى الظهار لا إلى العود؛ يقال: كفارة الظهار، والأَصل أنّ الأَحكام تضاف إلى أسبابها لا إلى شروطها.

وَقَال بَعْضُهم: سببُ الوجوب هو العود، والظهار شرطٌ؛ لأن الكفارة عبادة، وللظهار محظورٌ محض، فلا يصلح سبباً لوجوب العبادة.

وَقَالَ بَعْضُهم: كلُّ واحدٍ مِنْهُمَا شَرْطٌ وَسَبَبُ الوُجُوبِ أَمْرٌ ثَالِثٌ وهو كون الكفارة طريقاً متعيناً لإيفاء الواجب، وكونه قادراً على الإيفاء، لأنَ إيفاء حقها في الوطء واجب، ويجب عليه في الحكم إن كانت بكراً أو ثيباً ولم يطأها مرةً، وإن كانت ثيباً وقد وطئها مرة لا يجب فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ اتصال ذلك أيضاً لإيفاء حقها.

وَعِنْدَ بَعْضِ أَصْحَابِنَا: يجب/ في الحكم أيضاً حَتَّى يجبر عَلَيْه، ولا يمكنه إيفاء الواجب إلا برفع الحرمة، ولا ترتفع الحرمة إلا بالكفارة؛ فتلزمه الكفارةُ ضرورةَ إيفاء الواجب على الأَصل المعهود أن إيجابَ الشيء إيجابٌ له، ولما لا يتوصل إليه إلا به؛ كالأمر بإقامة الصلاة يكون أمراً بالطهارة؛ ونحو ذلك، والله أعلم. ١٢٤

(١) سقط من ط.

وأما شرطُ وجوبها: فالقدرةُ على أدائها؛ لاستحالة وجوب الفعل بدون القدرة عليه، فلا يجب على غير القادر؛ وكذا العود أو الظهار، أو كلاهما على حسب اختلافِ المشايخ فيه على ما مر.

وأما شرط جوازها: فلجواز هذه الكفارة من الأنواع الثلاثة، أعني: الإعتاق[١] والصيام[٢] والإطعام[٣] شرائط، نذكرها في «كتاب الكفارات» إن شاء الله تعالى، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

(١) أوجب الله ـ سبحانه وتعالى ـ في كفارة الظهار تحرير الرقبة وجعله أول ما يفعله المظاهر في كفارته، ولكنه لم يقيد الرقبة بالإيمان؛ كما قيدها به في كفارة القتل؛ فكان ذلك منشأ لاختلاف الفقهاء في أن وصف الإيمان معتبر في عتق الرقبة، أو غير معتبر فيها.

(٢) هذا هو النوع الثاني من أنواع الكفارة في الظهار، ولا ينتقل المكفر إليه إلاَّ بعد عدم وجود رقبة صالحة للعتق، أو بعد العجز عن ثمنها ـ إن وجدها ـ وهذا محل اتفاق بين العلماء؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾.

(٣) النوع الثالث من أنواع كفارة الظهار إطعام ستين مسكيناً، ولا ينتقل المظاهر إلى هذا النوع إلا بعد عجزه عن صيام شهرين متتابعين، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ والناظر في الآية الكريمة يجد أن الله تعالى ذكر بجانب تحرير الرقبة، والصيام للشهرين قوله: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ ولم يذكر ذلك بجانب إطعام الستين مسكيناً؛ فهل ذلك: لأن إطعام الستين مسكيناً لا يشترط فيه أن يقع قبل التماس، أم ذلك لأنه ـ سبحانه وتعالى ـ اكتفى بذكره في النوعين الأولين عن ذكره في النوع الثالث؛ فيكون عدم التماس شرطاً في الجميع.

ينظر: الكفارات لشيخنا حسن علي حسنين الكاشف.

كِتَابُ اللِّعَانِ[1]

الكلامَ في اللعان يَقَعُ في مواضع: في بيان صورة اللعان وكيفيته، وفي بيان صفة اللعان، وفي بيان سبب وجوبه، وفي بيان شرائط الوجوب والجواز، وفي بيان ما يظهر به سبب الوجوب عند القاضي، وفي بيان معنى اللعان وماهيته شرعاً، وفي بيان حكم اللعان، وفي بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه، وفي بيان حكمه إذا سَقَطَ أو لم يجب أصلاً مع وجود القذف.

أَمَّا صورة اللعان وكيفيته: فالقذف لا يخلو إما أن يكون بالزنا أو بنفي الولد، فإن كان بالزنا فينبغي للقاضي أن يقيمهما بين يديه متماثلين، فيأمر الزوج أَوَّلاً أن يقول أربع مرات: أَشْهَدُ بالله أني لمن الصادقين فيما رَمَيْتُهَا به من الزنا، ويقول في [المرة][2] الخامسة: لعنة الله

---

(١) اللعان لغة مصدر لاعن لعاناً: إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر. قال الأزهري: وأصل اللعن: الطرد، والإبعاد. يقال: لعنه الله، أي: باعده.
انظر: لسان العرب ٥/ ٤٠٤٤، المصباح المنير ٢/ ٧٦١.
واصطلاحاً:
عرفه الحنفية بأنه: شهادات مؤكدات بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها.
عرفه الشافعية بأنه: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه والحق العارية أو إلى نفي ولد.
وسميت هذه الكلمات لعاناً لقول الرجل: «عَلَيْهِ لَعْنَةُ الله إنْ كَانَ مِنَ الكاذبين» وإطلاقه في جانب المرأة من مجاز التغليب واختير لفظه دون لفظ الغضب وإن كانا موجودين في اللعان لكون اللعنة مقدمة في الآية، ولأن لعانه قد ينفك عن لعانها ولا ينعكس.
عرفه المالكية بأنه: حلف زوج مسلم مكلف على زنا زوجته أو نفي حملها وحلفها على تكذيبه أربعاً.
عرفه الحنابلة بأنه: شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد. قذف أو تعذيب أو حد زنا في جانبها.
انظر: تبيين الحقائق ٣/ ١٤، حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٨٥، مغني المحتاج ٣/ ٣٦٧، الشرح الصغير ٢/ ٢٩٩ والكافي ٢/ ٦٠٩، كشاف القناع ٥/ ٣٩٠ والإشراف ٢/ ١٦٧.

(٢) سقط من ط.

عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا، ثم يأمر المرأة أن تقول أَرْبَعَ مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا؛ وتقول في [المرة][1] الخامسة: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا؛ هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحتاج إلى لفظ المواجهة، فيقول الزوجُ: فيما رميتُكِ به من الزنا، وتقولُ المرأةُ: فيما رَمَيْتَنِي به من الزنا، وهو قولُ زُفَر، ووجهه: أن خطاب المعاينة في احتمال، لأنه يحتملها ويحتمل غيرها، ولا احتمال في خطاب المواجهة، فالإتيان بلفظ لا احتمال فيه أولى.

والجواب أنه وقال: أَشْهَدُ بالله إِني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا، وأشار إليها فقد زال الاحتمال؛ لتعيينها بالإشارة، فكان لفظ المواجهة والمعاينة فيه سواءً، وإن كان اللعان بنفي الولد، فقد ذكر الكرخي أن الزوج يقولُ في كلِّ مرةٍ: فيما رَمَيتُكِ به من نفي ولدك، وتقولُ المرأةُ: فيما رميتني به من نفي ولدي.

وَذَكَر الطَّحَاوِي أَنَّ الزوجَ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرةٍ: فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها، وتقول المرأة: فيما رماني به من الزنَا في نفي ولده.

وروى هشام عن محمدٍ أنه قال: إذا لاعن الرجل بولد، فقال في اللعان: أَشْهَدُ بالله أَني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا في نفي ولدها. بأَنَّ هذا الولد ليس مني، وتقول المرأة: أَشْهَدُ إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا بأَن هذا الولد ليس منك.

وَذَكَر ابْنُ سَمَاعة عن محمدٍ في نوادِرِهِ أنه قال: إذا نفي الولد يَشْهَدُ بالله الذي لا إله إلا هو إنه لصادق فيما رماها به من الزنا ونفي هذا الولد، قال القدوري: وهذا ليس باختلاف رواية؛ وإنما هو اختلاف حال القذف؛ فإن كان القذف من الزوج بقوله: هذا الولدُ ليس مني، يكتفي في اللعان أن يقول: فيما رميتُكِ به من نفي الولد؛ لأنه ما قذفها إلا بنفي الولد، وإن كان القذف بالزنا ونفي الولد، لا بد من ذكر الأمرين؛ لأنه قذفها بالأمرين جميعاً؛ وإنما بدىء بالرجل لقوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ. . .﴾ [النور:٦] «والفاء» للتعقيب، فيقتضي أن يكون لعان الزوج عَقِيب القذف؛ فَيَقَعُ لعان المرأة بعد لعانه.

وكذا روي أنه لمَّا نزلتْ آيةُ اللعانِ، وأراد رسولُ الله ﷺ أن يجري اللعان على ذينِكَ الزوجين بَدَأَ بلعانِ الرجلِ وهو قدوةٌ؛ لأَن لعان الزوج وجب حقّاً لها؛ لأَن الزوج أَلْحَقَ بها

---

(١) سقط من ط.

العار بالقذفِ، فهي بمطالبتها إياه باللعان تدفع العار عن نَفْسِهَا، ودفعُ العار عن نفسها حَقُّها، وصاحب الحق إذا طالب من عليه الحق بإيفاء حقه لا يجوز له التأخير كمن عليه الدين، فإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل يَنْبَغِي له أن يعيد اللعان على المرأة؛ لأن اللعان شهادةٌ، والمرأة بشهادتها تقدحُ في شهادة الزوج، فلا يصحُّ قبل وجود شهادته؛ ولهذا في باب الدعاوى يبدأ بشهادة المدعي ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع/ له؛ كذا ههنا. ١٢٤ب

فإن لم يعد لعانها حتى فرق بينهما نفذت الفرقة؛ لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد؛ لأنه يزعم أن اللعان ليس بشهادة بل هو يمينٌ، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى؛ كتحالف المتداعيين أنه لا يلزم مراعاة الترتيب فيه، بل يجوز تقديم أحدهما أيهما كان، فكان تفريقه في موضع الاجتهاد فنفذ.

والقيامُ ليس بشرط؛ كذا روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: لا يضُره قائماً لاعن أو قاعداً؛ لأن اللِّعان إما أن يعتبر فيه معنى الشهادة، وإما أن يعتبر فيه معنى اليمين، أو يعتبر فيه المعنيان جميعاً، والقيامُ ليس بلازم فيهما إلا أنه يندب إليه؛ لأن رَسُولَ الله ﷺ ندب عاصماً وامرأته إليه، فقال: **«يَا عَاصِمُ، قُمْ فَاشْهَدْ بَاللهِ»**، وقال لامرأته: **«قُومِي فَاشْهَدِي باللهِ»**[1]؛ ولأن اللعان من جانبه قائمٌ مقامَ حَدِّ القذف، ومن جانبها قائم مقام حد الزنا، والسُّنةُ في الحدود إقامتُها على الإشهاد والإعلان، والقيامُ أقرب إلى ذلك، والله الموفق.

فصل في صفة اللعان

وأما صفة اللعان فَلهُ صفاتٌ: منها: أنه واجبٌ عندنا، وقال الشافعي: ليس بواجبٍ؛ إنما الواجبُ على الزوج بقذفها هو الحدُّ إلاَّ أنَّ له أن يخلص نفسه عنه بالبينة أو باللعان، والواجبُ على المرأة إذا لاعن الزوج هو حَدُّ الزنا، ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان؛ حتى أن للمرأة أن تخاصمه إلى الحاكم وتطالبه باللعان عندنا، وإذا طالبته يجبره عليه، ولوِ امتنع يُحْبَسُ

(١) أخرجه مالك (٢/ ٥٦٦ ـ ٥٦٧) كتاب الطلاق: باب ما جاء في اللعان حديث (٣٤) والبخاري (٩/ ٣٦١) كتاب الطلاق: باب من جوز الطلاق الثلاث حديث (٥٢٥٩) ومسلم (٢/ ١١٢٩ ـ ١١٣٠) كتاب اللعان حديث (١/ ١٤٩٢) وأبو داود (٢/ ٦٧٩ ـ ٦٨٢) كتاب الطلاق: باب في اللعان حديث (٢٢٤٥) والنسائي (٦/ ١٧٠ ـ ١٧١) كتاب الطلاق باب بدء اللعان، وابن ماجه (١/ ٦٦٧) كتاب الطلاق: باب اللعان حديث (٢٠٦٦) وأحمد (٥/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧) والدارمي (٢/ ١٥٠) كتاب النكاح: باب في اللعان وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٧٥٦) وابن حبان (٤٢٧١ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٢) والبيهقي (٧/ ٣٩٨ ـ ٣٩٩) كتاب اللعان: باب سنة اللعان، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ١٨١ ـ بتحقيقنا) من طريق الزهري عن سهل بن سعد به.

لامتناعه عن الواجب عليه؛ كالممتنع من قضاء الدين فيحبس حتى يُلاَعن أو يكذب نفسه؛ وعنده ليس لها ولاية المطالبة باللعان، ولا يجبر عليه ولا يحبس إذا امتنع، بل يقام عليه الحدُّ؛ وكذا إذا التعن الرجلُ تجبر المرأة على اللعان، ولو امتنعت تُحبَسُ حتى تلاعن أو تقر بالزنا عندنا، وعنده لا تجبر ولا تحبس، بل يُقام عليها الحدُّ.

احتج الشافعي بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً. . .﴾ [النور:٤] أوجب ـ سبحانه وتعالى ـ الجلد[١] على القاذف من غير فصلٍ بين الزوج وغيره، إلاَّ أن القاذف إذا كان زوجاً له أن يدفع الحد عن نفسه بالبينة إن كانت له بينةٌ، وإن لم تكن له بينة يدفعه باللعان، فكان اللعان مخلِّصاً له عن الحدِّ.

وقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ. . .﴾ [النور:٨] جعل ـ سبحانه وتعالى ـ لعانُها دفعاً لحدِّ الزنا عنها؛ إذ الدرءُ هو الدفع لغةً، فدلَّ أن الحدَّ وجب عليها بلعانه ثم تدفعه بلعانها؛ ولأن بلعانه يظهر صدقه في القذف؛ ولأَن الظاهر أنه لا يلاعن إلا وأن يكون صادقاً في قذفه، فيجبُ عليها الحدُّ، إلا أن لها أن تخلص نفسها عنه باللعان؛ لأَنها إذا لاعنت وقع التعارض، فلا يظهر صدق الزوج في القذف، فلا يُقام عليها الحدُّ.

ولنا: قولهُ ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾ [النور:٦] أي: فليشهد أحدُهم أربعَ شهادات بالله، جعل ـ سبحانه وتعالى ـ موجب قذف الزوجات اللعان، فمن أوجب الحد فقد خالف النصّ، ولأَن الحد إنما يجب لظهور كذبه في القذف وبالامتناع من اللعان لا يظهر كذبه؛ إذ ليس كلُّ مَنِ امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبُهُ فيه؛ بل يحتمل أنه امتنع منه صوناً لنفسه عن اللعن والغضب؛ [والحدُّ لا يجب][٢] مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال؛ ولأن الاحتمال من اليمين بدل وإباحة، والإباحة لا تجرى في الحدود، فإنَّ مَنْ أباح للحاكم أن يقيم عليه الحدَّ لا يجوزُ له أن يقيم.

وأما آيةُ القذفِ: فقد قيل أن موجب القذف في الابتداء كان هو الحدُّ في الأجنبيات والزوجات جميعاً، ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآيةِ اللعان.

والدليلُ عليه ما رُوِيَ عَنْ عبد الله بن مسعود؛ أنه قال: كُنَّا جُلُوساً في المَسْجِدِ ليلةَ الجمعةِ، فجاء رجلٌ من الأنصارِ، فقال: يَا رَسُولَ الله، أرأيتُمُ الرجلَ يَجِدُ مع امرأتِهِ رجلاً؛ فإن قَتَلَهُ قتلتموه، وإن تَكلَّم به جلدتموه، وإنْ أَمْسَكَ أمسك على غَيْظٍ، ثم جعل يقولُ: اللَّهُمَّ

(١) في أ: الحد.

(٢) في أ: والحدود لا تجب.

افتحْ، فنزلتْ آيةُ اللعان[1]، دَلَّ قولهُ: «وإنْ تكلَّم به جلدتموه» على أن موجب قذف الزوجة كان الحدّ قبل نزولِ آيةِ اللعان، ثم نُسخ في الزوجات بآيةِ اللعان، فينسخ الخاص للتأخر العام المتقدم بقدره؛ هكذا هو مذهبُ عَامَّةِ مشايخنا، وعند الشافعي يُبنى العام على الخاص، ويتبين أن المراد من العام ما وراء قدر الخاص، سواء كان الخاص سابقاً أو لاحقاً، وسواء علم التاريخ وبينهما زمانٌ يصلُحُ للنسخ أو لا يصلح، أو جهل التاريخ بينهما، فلم تكن الزوجات داخلاتٌ تحت آيةِ القذفِ على قولِهِ، فكيف يصحُّ احتجاجُهُ بها.

وأما قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ﴾ [النور: ٨] فلا حجة له فيه؛ لأن دفع العذاب يقتضي توجه العذاب لا وجوبه؛ لأنه حينئذٍ يكون رفعاً لا دفعاً، على أنه يحتمل/ أن يكون المراد من العذاب هو الحبس؛ إذِ الحبسُ يُسَمَّىٰ عذاباً؛ قال الله ـ تعالى ـ في قصةِ الهُدْهُدِ: ﴿لأُعَذِّبَنَّهُ عَذَاباً شَدِيداً﴾ [النمل: ٢١] قيل في التفسير: لأحْبِسَنَّهُ، وهذا لأن العذاب ينبىء عن معنى المنع في اللغة، يقال: أعذبُ، أي: منع، وأعذب، أي امتنع، يستعملُ لازماً ومتعدياً، ومعنى المنع يُوجَدُ في الحبسِ، وهذا هو مذهبنا أنها إذا امتنعت من اللعان، تُحبس حتى تلاعن أو تُقِرَّ بالزنا، فيدرأ عنها العذاب وهو الحبس باللعان، فإذن قلنا بموجب الآية الكريمة. ١٢٥أ

ومنها: أنه لا يحتمل العفو والإبراء والصلح؛ لأنه في جانب الزوج قائمٌ مقَامَ حد القذف، وفي جانبها قائمٌ مقامَ حدِّ الزنا، وكلُّ واحدٍ منهما لا يحتمل العفو والإبراء والصلح؛ لما نذكر، إن شاء الله ـ تعالى ـ في الحدود.

وكذا لو عَفَتْ عنه قبل المرافعةِ أو صالحته على مالٍ، لم يَصِحَّ، وعليها رَدُّ بدل الصلح، ولها أن تطالبه باللعان بعد ذلك؛ كما في قذف الأجنبي.

ومنها: أن لا تجري فيه النيابة حتى لو وَكَّلَ أحدُ الزوجين باللعان لا يصحُّ التوكيلُ؛ لما ذكرنا أنه بمنزلة الحدِّ، فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود؛ ولأنه شهادةٌ أو يمينٌ، وكلُّ واحدٍ منهما لا يحتمل النيابة، فأما التوكيل بإثبات القذف بالبينة فجائزٌ عند أبي حنيفة ومحمدٍ، وعند أبي يوسف: لا يجوز، ونذكر المسألةَ في «كتاب الوكالة»، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١١٣٣) كتاب اللعان حديث (١٠/ ١٤٩٥) وأبو داود (٢/ ٦٨٥ ـ ٦٨٦) كتاب الطلاق: باب في اللعان حديث (٢٢٥٣) وابن ماجه (١/ ٦٦٩) كتاب الطلاق باب اللعان حديث (٢٠٦٨) وأحمد (١/ ٤٢١ ـ ٤٢٢) والبيهقي (٧/ ٤٠٥) كتاب اللعان: باب اللعان على الحمل، من طريق علقمة عن ابن مسعود به.
ولهذا الحديث شاهد من حديث أنس.
أخرجه مسلم (٢/ ١١٣٤) كتاب اللعان حديث (١١/ ١٤٩٦) والنسائي (٦/ ١٧١ ـ ١٧٢) كتاب الطلاق: باب اللعان في قذف الرجل زوجته برجل بعينه، وأحمد (٣/ ١٤٢) من حديث أنس.

فصل في سبب وجوب اللعان

وأما بيانُ سبب وجوب اللعان، فسبب وجوبه: القذفُ بالزنا؛ وأنه نوعان:

أحدهما: بغير نفي الولد.

والثاني: بنفي الولد، أما الذي بغير نفي الولد، فهو أن يقولَ لامرأتِهِ: يا زانية، أو زَنَيْتِ، أو رأيتُكِ تزنين[1]، ولو قال لها: جُومِعْتِ جماعاً حراماً، أو: وُطِئْتِ وَطْئاً حرام، فلا لعان ولا حد؛ لعدم القذف بالزنا، ولو قذفها بعمل قومِ لوطٍ فلا لعان ولا حد [في قوْل][2] أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد يَجِبُ اللعان، بناء على أن هذا الفعل ليس بزنا عنده فلم يوجد القذف بالزنا، وعندهما هو زناً، والمسألةُ تأتي في «كتاب الحدود»، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

ولو كان له أربع نسوة، فقذفهن جميعاً بالزنا في كلامٍ واحدٍ، أو قذف كُلَّ واحدةٍ بالزنا بكلامٍ على حِدَةٍ؛ فإن كان الزوجَ وَهُنَّ من أهل اللعان يلاعنَ في كلِّ قذف مع كلِّ واحدةٍ على

---

(١) قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْواجَهُمْ﴾ عامٌ في كل رَمْي، سواء قال: زنيتِ أو يا زانية أو رأيتها تزني، أو هذا الولد ليس مني؛ فإن الآية مشتمَلة عليه. ويجب اللّعان إن لم يأت بأربعة شهداء؛ وهذا قول جمهور العلماء وعامة الفقهاء وجماعة أهل الحديث. وقد روي عن مالك مثل ذلك. وكان مالك يقول: لا يلاعن إلا أن يقول: رأيتك تزني؛ أو ينفي حملاً أو ولداً منها. وقول أبي الزِّناد ويحيى بن سعيد والبَتّي مثلُ قولِ مالك: إن الملاعنة لا تجب بالقذف وإنما تجب بالرؤية أو نفي الحمل مع دعوى الاستبراء؛ هذا هو المشهور عند مالك، وقاله ابن القاسم. والصحيح الأول؛ لعموم قوله: ﴿والَّذِينَ يَرْمُونَ أزواجَهم﴾. قال ابن العربيّ: وظاهر القرآن يكفي لإيجاب اللعان بمجرد القذف من غير رؤية؛ فلْتَعَوِّلوا عليه، لا سيما وفي الحديث الصحيح: أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً؟ فقال النبيّ ﷺ: «فاذهب فأت بها» ولم يكلفه ذكر الرؤية. وأجمعوا أن الأعمى يلاعن إذا قذف امرأته. ولو كانت الرؤية من شرط اللعان ما لاعن الأعمى؛ قاله ابن عمر رضي الله عنهما. وقد ذكر ابن القصّار، عن مالك أن لعان الأعمى لا يصح إلا أن يقول: لمست فرجة في فرجها. والحجة لمالك ومن اتبعه ما رواه أبو داود عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: جاء هلال بن أمية وهو أحد الثلاثة الذين تِيب عليهم، فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً، فرأى بعينه وسمع بأذنه فلم يَهِجْه حتى أصبح، ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله ﷺ إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلاً، فرأيت بعيني وسمعت بأذني؛ فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتدّ عليه؛ فنزلت ﴿والذين يَرْمُونَ أزواجَهم ولم يكن لهم شُهَدَاء إلا أَنْفُسُهُمْ﴾ الآية؛ وذكر الحديث. وهو نص على أن الملاعنة التي قضى فيها رسول الله ﷺ إنما كانت في الرؤية، فلا يجب أن يُتعدّى ذلك. ومن قذف امرأته ولم يذكر رؤية حدّ؛ لعموم قوله تعالى: ﴿والذي يَرْمُون المُحْصَنات﴾.
ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ١٢٣/ ١٢٤).

(٢) في أ: عند.

حدةٍ؛ لوجود سبب وجوب اللعان في حقِّ كُلِّ واحدةٍ منهنَّ، وهو القذفُ بالزنا، وإن لم يكن الزوج من أهل اللعان يُحَدُّ حَدَّ القذف، ويكتفي بحد واحدٍ عن الكلِّ؛ لأن حد القذف يتداخل.

ولو كان الزوج من أهل اللعان والبعض منهنَّ ليس من أهل اللعان يلاعن منهن من كانت من أهل اللعان لا غير.

ولو قال لامرأته: يا زانيةِ بِنْت الزانيةِ، وجب عليه اللعانُ والحدُّ[(١)]؛ لأنه قذف زوجته وقذف أمَّها، وَقَذْفُ الزوجةِ يوجب اللعان وقذْفُ الأجنبية يوجب الحدَّ، ثم إنهما إذا اجتمعا على مطالبة الحدِّ بُدِىء بالحدِّ؛ لأجل الأمِّ؛ لأن في البداية إسقاط اللعان؛ لأنه يصير محدوداً في القذف، فلم يبقى من أهل الشهادة واللعان شهادة، والأصل أن الحدين إذا اجتمعا ـ وفي البداية بأحدهما إسقاط الآخر ـ بدىء بما فيه إسقاط الآخر؛ لقوله ﷺ: «إدرؤوا الحُدُود مَا اسْتَطَعْتُمْ»[(٢)] وقد استطعنا دَرْءَ الحدِّ بهذا الطريق، وإن لم تطالبه الأمُّ وطالبته المرأة، يلاعن بينهما، ويقامُ حَدُّ القذف للأم بعد ذلك إن طالبته به؛ كذا ذكر في ظاهر الرواية.

---

(١) قال ابن العربي: من غريب أمر هذا الرجل أنه قال إذا قذف زوجته وأمّها بالزنى: إنه إن حدّ للأم سقط حدّ البنت، وإن لاعن للبنت لم يسقط حدّ الأم؛ وهذا لا وجه له، وما رأيت لهم فيه شيئاً يُحكى، وهذا باطل جدًا؛ فإنه خصّ عموم الآية في البنت، وهي زوجة بحد الأم من غير أثر، ولا أصل قاسه عليه.
ينظر: تفسير القرطبي (١٢/١٢٦).

(٢) ورد هذا الحديث بلفظ «ادرؤوا الحدود بالشبهات» وقد أخرجه بهذا اللفظ أبو محمد البخاري في «مسند أبي حنيفة» كما في «جامع المسانيد» (٢/ ١٨٣) للخوارزمي، عن أبي سعيد بن جعفر عن يحيى بن فروخ عن محمد بن بشر عن الإمام أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات».
وأبو سعيد بن جعفر: هو أباء بن جعفر.
قال الذهبي في «المغني» (١/ ٦) رقم (٤): أبان بن جعفر عن محمد بن إسماعيل الصائغ كذاب.
كذا قال أبان والصواب أباء كما في «اللسان» كما سيأتي.
قال الحافظ ابن حجر في «لسان الميزان» (١/ ٢١): روى محمد بن إسماعيل الصائغ، أورده الذهبي في ذيل الضعفاء فقال كذاب كذا أورده تبعاً للبناني في «الحافل ذيل الكامل» فإنه أورده ونقل عن ابن حبان أنه قال: رأيته وضع على أبي حنيفة أكثر من ثلاثمائة حديث مما لم يحدث به أبو حنيفة قط. قلت ـ أي الحافظ ـ كذا سماه ابن حبان وصحفه وإنما هو أباء بهمزة لا بنون. ا هـ.
قلت: ويبدو أن للحديث طريق آخر عن ابن عباس فقد رأيت الحافظ السيوطي ذكره في «الجامع الصغير» رقم (٣١٤) بلفظ: ادرؤوا الحدود بالشبهات وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حد من حدود الله تعالى.
وعزاه لابن عدي في «جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة» عن ابن عباس قال الحافظ ابن حجر في «تخريج أحاديث المختصر» (١/ ٤٤٧): وقد وجدت خبر ابن عباس في موضع آخر ذكره شيخنا الحافظ أبو الفضل ـ هو العراقي ـ رحمه الله في شرح الترمذي قال: وأما حديث ابن عباس فرواه أبو أحمد بن =

....

= عدي في جزء خرجه من حديث أهل مصر والجزيرة من رواية ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حد».
وهذا الإسناد إن كان من بين ابن عدي وابن لهيعة مقبولين فهو حسن ا هـ والحديث بهذا اللفظ له شاهد موقوف وآخر مرسل.
ـ أما الشاهد الموقوف فهو عن عبد الله بن مسعود
أخرجه مسدد في مسنده كما في «المطالب العالية» (١٨٠٦) و«تخريج المختصر» (١/ ٤٤٣) كلاهما لابن حجر...
قال مسدد: ثنا يحيى القطان عن شعبة عن عاصم عن أبي وائل عن ابن مسعود قال: ادرؤوا الحد بالشبهة.
قال الحافظ في «تخريج المختصر» (١/ ٤٤٣): وهذا موقوف حسن الإسناد قال المناوي في «فيض القدير» (١/ ٢٢٨): وبه يرد قول السخاوي طرقه كلها ضعيفة، نعم أطلق الذهبي على الحديث الضعف ولعل مراده المرفوع ا هـ.
ـ أما الشاهد المرسل فهو لعمر بن عبد العزيز
أخرجه أبو مسلم الكجي وابن السمعاني في «ذيل تاريخ بغداد» كما في «الجامع الصغير» (٣١٤) و«المقاصد الحسنة» (٤٦) من طريق أبي منصور محمد بن أحمد بن الحسين بن النديم الفارسي ثنا جناح بن نذير ثنا أبو عبد الله أحمد بن الحسين بن النديم الفارسي ثنا جناح بن نذير ثنا أبو عبد الله بن بطة العكبري ثنا أبو صالح محمد بن أحمد بن ثابت ثنا أبو مسلم إبراهيم بن عبد الصمد ثنا محمد بن أبي بكر المقدسي ثنا محمد بن علي الشامي ثنا أبو عمران الجوني عن عمر بن عبد العزيز فذكر قصة طويلة فيها: قصة شيخ وجدوه سكران فأقام عمر عليه الحد ثمانين فلما فرغ قال: يا عمر ظلمتني فإنني عبد فاغتم عمر ثم قال: إذا رأيتم مثل هذا في هيئته وسمته وأدبه فاحملوه على الشبهة فإن رسول الله ﷺ قال: ادرؤوا الحدود بالشبهة.
قال السخاوي: قال شيخنا ـ أي ابن حجر ـ وفي سنده من لم يعرف ا هـ والحديث ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٣٣) وقال: غريب بهذا اللفظ وذكر أنه في «الخلافيات» للبيهقي عن علي وفي «مسند أبي حنيفة» عن ابن عباس ا هـ.
وقد حسن السيوطي في «الجامع الصغير» رقم (٣١٤) حديث ابن عباس وموقوف ابن مسعود ومرسل عمر بن عبد العزيز بمجموعها.
وفي الباب عن عائشة وعلي بن أبي طالب وأبي هريرة.
ـ حديث عائشة
أخرجه الترمذي (٤/ ٣٣) كتاب الحدود: باب ما جاء في «درء الحدود» حديث (١٤٢٤) والدارقطني (٣/ ٨٤) كتاب الحدود والديات حديث (٨) والحاكم (٤/ ٣٨٤) كتاب الحدود، والبيهقي (٨/ ٢٣٨) كتاب الحدود باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٣٣١) كلهم من طريق يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام إن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة». =

وذكر الطحاوي أنه لا يُقام الحدُّ للأم بعد اللعان، وهذا غير سديدٍ؛ لأن المانع من إقامة اللعان في المسألة الأُولى هو خروج الزوج من أهلية اللعان لصيرورته محدوداً في القذف، ولم يوجد ههنا.

وكذلك لو كانت أُمُّها ميتةً، فقال لها: يا زانية بنت الزانية، كان لها المطالبة والخصومة في القذفين؛ لوجوب اللعان والحد، ثم إن خاصمته في القذفين جميعاً، يُبْدَأُ بالحد، فيحد للأم حَدَّ القذف؛ لما فيه من إسقاط اللعان، وإن لم تخاصم في قذف أمها ولكنها خاصمت في قذف نفسها، يلاعن بينهما ويُحَدُّ للأم لما ذكرنا؛ وكذلك الرجل إذا قذف أجنبية بالزنا، ثم تزوجها وقذفها بالزنا بعد التزوجِ، وَجَبَ عليه الحد واللعان، لوجود سبب وجوب كلٍّ واحدٍ منهما، ثم إن خاصمته في القذفَين جميعاً يبدأ بحد القذف حتى يسقط اللعان، ولو لم تخاصم

= وقال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهري ويزيد بن زياد ضعيف في الحديث ورواه وكيع عن يزيد بن زياد ولم يرفعه وهو أصح...» ا هـ.

وقال في «العلل الكبير» (ص - ٢٢٨) رقم (٤٠٩، ٤١٠): سألت محمداً عن هذا الحديث؟ قال: يزيد بن زياد الدمشقي منكر الحديث ذاهب ا.هـ أما الحاكم فقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. فرده الذهبي بقوله: قال النسائي يزيد بن زياد شامي متروك.

وقال البيهقي: تفرد به يزيد بن زياد الشامي عن الزهري وفيه ضعف ورواه رشدين بن سعد عن عقيل عن الزهري مرفوعاً ورشدين ضعيف ا هـ.

- حديث علي

أخرجه الدارقطني (٣/ ٨٤) كتاب الحدود والديات حديث (٩) والبيهقي (٨/ ٢٣٨) كتاب الحدود: باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، كلاهما من طريق مختار التمار عن أبي مطر عن علي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ادرؤوا الحدود.

قال البيهقي: في هذا الإسناد ضعف.

مختار التمار ضعيف ينظر نصب الراية (٣/ ٣٠٩).

وأبو مطر مجهول لا يعرف قاله أبو حاتم ينظر الجرح والتعديل (٩/ ٤٤٥).

- حديث أبي هريرة

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٥٠) كتاب الحدود: باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات حديث (٢٥٤٥) وأبو يعلى (١١/ ٤٩٤) رقم (٦٦١٨) كلاهما من طريق إبراهيم بن الفضل المخزومي عن سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً.

ولفظ أبي يعلى: ادرؤوا الحدود ما استطعتم.

قال البوصيري في الزوائد (٢/ ٣٠٣): هذا إسناد ضعيف إبراهيم بن الفضل المخزومي ضعفه أحمد وابن معين والبخاري والنسائي والأزدي والدارقطني ا هـ.

وقال الحافظ في «تخريج المختصر» (١/ ٤٤٣): غريب وإبراهيم بن الفضل مدني ضعيف.

في حد القذف وخاصمت في اللعان يلاعن بينهما، ثم إذا خاصمت في الحد يحد؛ لما قلنا، والله أعلم.

وأما الذي ينفي الولد فهو[١] أن يقولَ لامرأتِهِ: هذا الولد مِنَ الزنا، أو يقول: هذا الوَلَدُ ليس منِّي، فإن قيل قوله: هذا الولد ليس مني، لا يكون قذفاً لها بالزنا؛ لجواز ألا يكون ابنه، بل يكون ابن غيره ولا تكون هي زانية؛ بأن كانت/ وطئت بشبهة، فالجواب: نعم، هذا الاحتمال ثابتٌ لكنه ساقطُ الاعتبار بالإجماع؛ لأنَّ الأُمَّةَ أجمعت على أنه إن نفاه عن الأبِ المشهور، بأن قال له: لستُ بأبيك، يكون قاذفاً لأمِّه حتى يلزمه حَدُّ القذف مع وجودِ هذا الاحتمال. ١٢٥ب

ولو جاءت زوجتُهُ بولدٍ فقال لها: لم تلديه، لم يجب اللعان لعدم القذف؛ لأنه أنكر الولادة، وإنكارُ الولادة لا يكون قذفاً؛ فإن أقَّر بالولادةِ، أو شهدتِ القَابِلَةُ على الولادة، ثم قال بعد ذلك: ليس بابني، وجب اللعان لوجودِ القذفِ، ولو قال لامراته وهي حامل: ليس هذا الحملُ منِّي، لم يجبِ اللعانُ في قولِ أبي حنيفة؛ لعدم القذف بنفي الولد.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: إنْ جاءت بولد لأَقَلِّ من ستة أشهر من وقت القذف وجب اللعان، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهرٍ ـ لم يجب.

وجه قولهما: أنها إذا جاءت به لأَقل من ستة أشهر من وقت القذف فقد تيقنا بوجوده في البطن وقت القذف؛ ولهذا لو أوصى لحمل امرأتِهِ فجاءتْ به لأَقل من ستة أشهر، استحقَّ الوصيةَ، وإذا تَيَقَّنَا بوجوده وقتَ النفي، كان محتملاً للنفي؛ إذ الحمل تتعلق به الأَحكام، فإنَّ الجاريةَ تُرَدُّ على بائعها، ويجب للمعتدة النفقة لأَجل حملها، فإذا نفاه يلاعن، فإذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلم تتيقن بوجوده عند القذف لاحتمال أنه [حمل][٢] حادث؛ ولهذا لا تستحق الوصية.

ولأبي حنيفة: أن القذف الحمل لو صحَّ إما أن يصح باعتبار الحال أو باعتبار الثاني، لا وجه للأول؛ لأَنه لا يعلم وجوده للحال؛ لجواز أنه ريح لا حمل ولا سبيل إلى الثاني؛ لأنه يصير في معنى التعليق بالشرط؛ كأنه قال: إنْ كنتِ حاملاً فأنتِ زانيةٌ، والقذفُ لا يحتملُ التعليقَ بالشرطِ، بخلاف الردِّ بعيب الحبلِ؛ لأنه يمكن القول بالردِّ على اعتبار الحال لوجود العيب ظاهراً، أو احتمالُ الريح خلاف الظَاهر، فلا يورث إلا شبهة، والردُّ بالعيب لا يمتنع بالشبهات بخلاف القذف، والنفقة لا يختص وجوبها بالحمل عندنا، فإنها تجب لغير الحامل

---

(١) في أ: نحو.

(٢) سقط من ط.

ولا يقطع نسب[1] الحمل قبل الولادة بلا خلاف بَيْنَ أصحابِنا[2].

وأما عند أبي حنيفة فظاهرٌ؛ لأنه لا يلاعن وقطع النسب من أحكام اللعان، وأمَّا عندهما فلأن الأحكام إنما تثبت للولد لا للحمل؛ وإنما يُستحقُّ اسمَ الولدِ بالانفصال، ولهذا لا يستحق الميراث والوصية إلا بعد الانفصالَ.

وعند الشافعي: يلاعن ويقطع نسب الحمل.

واحتج بما رُوِي أنَّ رسولَ الله ﷺ، لاَعَنَ بَيْنَ هلال بن أمية وبين امرأته وهي حاملٌ، وأَلْحَقَ الولد بها[3]، فدَّل أَنَّ القذفَ بالحمل يوجب اللعان وقطع نسب الحمل، ولا حجة له فيه؛ لأَنَّ هلالاً لم يقذفْها بالحملِ، بل بصريح الزنا وذكر الحمل، وبه نقولُ إن من قال لزوجته: زنيت وأنت حاملٌ، يلاعن؛ لأنه لم يعلق القذف بالشرط.

وأما قطع النسب فلأن رسولَ الله ﷺ علم عن طريق الوحي أن هناك ولداً؛ أَلاَ تَرَىٰ أنه قال ﷺ، إنْ جاءت به على صفةٍ كذا فهو لكذا، وإن جاءت به على صفة كذا فهو لكذا[4]، ولا يعلم ذلك إلا بالوحي، ولا طريق لنا إلى معرفة ذلك، فلا ينفى الولد، والله الموفق.

---

(١) في أ: لا تنقطع بسبب.

(٢) قال القرطبي إذا نفي الحمل فإنه يلتعن؛ لأنه أقوى من الرؤية، ولا بدّ من ذكر عدم الوطء والاستبراء بعده. واختلف علماؤنا في الاستبراء؛ فقال المغيرة ومالك في أحد قوليهما: يجزي في ذلك حَيْضة. وقال مالك أيضاً: لا ينفيه إلا بثلاث حِيَض. والصحيح الأوّل؛ لأن براءة الرحم من الشُّغل يقع بها كما في استبراء الأمة، وإنما راعَيْنا الثلاث حِيَض في العدد، لحكم آخر يأتي بيانه في الطلاق إن شاء الله تعالى. وحكى اللَّخمِيّ، عن مالك أنه قال مرة: لا يُنْفَى الولد بالاستبراء؛ لأن الحيض يأتي على الحمل، وبه قال أشهب في كتاب ابن الموّاز.
ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ١٢٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٨٨) كتاب الطلاق: باب في اللعان حديث (٢٢٥٦) وأحمد (١/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩) والطيالسي (١/ ٣١٩ ـ منحة) رقم (١٦٢٠) والطبري في «تفسيره» (١٨/ ٦٥ ـ ٦٦) والبيهقي (٧/ ٣٩٤) كتاب اللعان، باب الزوج يقذف امرأته، كلهم من طريق عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس وفيه فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاءً فوجدت عندها رجلاً فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت: ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾.
والحديث ذكره السيوطي: في «الدر المنثور» (٥/ ٤٣) وعزاه إلى أحمد وعبد الرزاق والطيالسي وعبد بن حميد وأبو داود وابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم وابن مردويه عن ابن عباس.

(٤) ينظر الحديث السابق.

فصل في شرائط الوجوب والجواز

وأما شرائط وجوب اللعان وجوازه فأنواع، بعضُها يرجع إلى القاذف خَاصَّة، وبعضُها يرجع إلى المقذوف خاصة، وبعضها يرجع إليهما جميعاً، وبعضُها يرجع إلى المقذوف به، وبعضُها يرجع إلى المقذوف فيه، وبعضُها يرجع إلى نفس القذف.

أما الذي يرجعُ إلى القاذف خاصَّةً فواحد: وهو عدمُ إقامة البينة؛ لأنَّ الله ـ تعالى ـ شرط ذلك في آية اللعان بقولِهِ ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ. . .﴾ [النور:٦] الآية حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأةِ بالزنا، لا يثبت اللعان ويقامُ عليها حد الزنا؛ لأنه قد ظهر زناها بشهادةِ الشهود، ولو شهد أربعة أحدهم الزوج ـ فإن لم يكن من الزوج قذفٌ قبل ذلك ـ تُقبل شهادتهم، ويقام عليها الحدُّ عندنا.

وعند الشافعي لا تُقبل شهادة الزوجِ عليها[١].

وجهُ قولِ الشافعي: أنَّ الزوج مُتَّهَمٌ في شهادته، لاحتمال أنه حمله الغيظُ على ذلك، ولا شهادة للمتهم على لسانِ رسولِ الله ﷺ[٢]؛ ولأنه يدفع المغرم عن نفسه وهو اللعان، ولا شهادة لدافع المغرم على لسانِ رسولِ الله ﷺ[٣].

ولنا: أنَّ شهادته بالقبول أولَىٰ من شهادة الأجنبي؛ لأنها أبعد من التهمة؛ إذ العادة أنَّ الرجلَ يَسْتُرُ على امرأتِهِ ما يلحقُهُ به شينٌ، فلم يكن متهماً في شهادته فتقبل؛ كشهادة الوالد على ولده.

وقوله: أن يدفع المغرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع؛ فإنه لم يسبق من قذفٌ يوجب اللعان، فإنه لم يسبق هذه الشهادة قذف ليدفع اللعان بها، فصار كشهادة الأجنبي، فإنها تقبل ولا تجعل/ دافعاً للحد عن نفسه؛ كذا هذا. ١٢٦أ

---

(١) إذا شهد أربعة على امرأة بالزنى أحدهم زوجها ـ فإن الزوج يلاعن، وتُحَدّ الشهود الثلاثة؛ وهو أحد قولي الشافعيّ. والقول الثاني: أنهم لا يحدّون. وقال أبو حنيفة: إذا شهد الزوج والثلاثة ابتداء ـ قبلت شهادتهم، وحُدّت المرأة، ودليلنا قوله ـ تعالى: ﴿والذِينَ يَرْمُون المحصنات﴾ الآية. فأخبر أن من قذف محصناً، ولم يأت بأربعة شهداء ـ حُدّ؛ فظاهره يقتضي أن يأتي بأربعة شهداء سوى الرامي، والزوج رامٍ لزوجته؛ فخرج عن أن يكون أحد الشهود.

ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ١٢٦).

(٢) سيأتي في الشهادات.

(٣) سيأتي في الشهادات.

وإن كان الزوج قذفها أولاً ثم جاء بثلاثة سواه، فَشَهِدُوا، فَهُمْ قَذَفَةٌ يُحَدُّون، وعلى الزوج اللعان؛ لأنه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان، فهو بشهادته (جعل)[١] دافعاً للضرر عن نفسه، فلا تُقبل شهادتُهُ، والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة فصاروا قَذَفَةً فَيَحُدُّون حَدَّ القذف، ويلاعن الزوج لقذف زوجته؛ فإن جاء هو وثلاثة شَهِدُوا أنها قد زنت فلم يعدلوا فلا حد عليها؛ لأنَّ زناها لم يثبت إلا بشهادة الفساق ولا حد عليهم؛ لأن الفاسق من أهل الشهادة.

ألا ترى أن الله ـ تعالى ـ أمر بالتوقيف في بيانه، فقد وجد إتيان أربعة شهداء، فكيف يجب عليهم الحد ولا لعان على الزوج؛ لأنه شاهدٌ وليس بقاذف، فإن شهدوا معه ثلاثة عُمِيٌ، حُدَّ وحُدُّوا، أي: يلاعن الزوج ويحدُّون حد القذف؛ لأن العميان لا شهادة لهم قطعاً، فلم يكن قولهم حجة أصلاً، فكانوا قَذَفَةً فيحدُّون حَدَّ القذف، ويلاعن الزوج؛ لأن قذف الزوج يوجب اللعان إذا لم يأت بأربعة شهداء، ولم يأت بهم.

وأما الذي يَرْجِعُ إلى المقذوف خاصة فشيئان.

أحدهما: إنكارها وجود الزنا منها حتى لو أقرت بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حد الزنا، وهو الجلد إن كانت غير محصنة، والرجمُ إن كانت محصنة؛ لظهورِ زناها بإقرارها.

والثاني: عفَّتُهَا عن الزنا، فإن لم تكن عفيفةً لا يجب اللعان بقذفها؛ كما لا يجبُ الحدُّ في قذف الأجنبية إذا لم تَكُنْ عفيفةً؛ لأنه إذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لوصدقته بقولها، ولما نذكر في «كتاب الحدود»، ونذكر تفسير العفة[٢] عن الزنا فيه، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

---

(١) في أ: حصل.

(٢) قَالَ صَاحِبُ «لِسَانِ الْعَرَبِ»:

العفة: الكف عما لا يحل ويجمل: عف عن المحارم والأطماع الدَّنِيَّةِ يعف عنةً، وعفًّا، وعفافاً، وعفافةً، فهو عفيف وَعَفٌّ أي: كف، وتعفف، واستعفف وأعفه الله، وفي التنزيل: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُوَن نِكَاحاً﴾ فَسَّرَهُ ثعلب فقال: ليضبط نفسه بمثل الصوم، وفي الحديث «مَنْ يَسْتَعْفِفْ يَعِفُّهُ الله» أي من طلب العفة وتكلفها أعطاه الله إياها.

وقيل: الاستعفاف الصبر، والنزاهة عن الشيء ومنه الحديث «اللَّهُمَّ إنِّي أَسْأَلُكَ الْعِفَّةَ وَالْغِنَى الخ. . .».

وعرف علماء الأخلاق فضيلة العفة بتعاريف متعددة مختلفة أهما ما يأتي:

أولاً ـ عرفها حجة الإسلام الغزالي فقال: هي تأدب قوة الشهوة بتأديب العقل والشرع.

ثانياً ـ عرفها محيي الدين بن العربي: بأنها ضَبْطُ النَّفْسِ عن الشهوات وفسرها على الاكتفاء بما يقيم الجسد، ويحفظ صحته.

وَالَّذِي أجمع على هذين التعريفين قَصَرَ العفة على شهوات البدن فقط، مع أنها تتناول ملاذ الروح أيضاً. =

....

= تقدم أنَّ العِفَّةَ لغة. كَفُّ النَّفْسِ عن القبيح، وتسمى ضبط النفس أيضاً، وأنها في عرف أهل الْفَنِّ تنحصر في خضوع الشهوة مطلقاً، والغضب إلى حد ما للعقل، فهي وسط بين رذيلتين هما الشَّرَهُ، والجمود.

فأما الشره، فهو الاندفاع في اللذات، والخروج فيها عما ينبغي وأما الجمود: فهو ركود النفس وسكونها عن تطلب جميل اللذات التي يحتاج إليها البدن في صلاح حاله، وضرورات بقائه، فكل من الشره والجمود رذيلة، لأن كلا منهما طرف للوسط (العفة) وكل منهما مذموم؛ لأنه خروج بالإنسان من طبعه إلى حيث يهيم على وجهه في كل سبيل، ويركب رأسه إلى كل لذة، ولا يقف في طريقه قانون، ولا يزجره عقل ولا يعصمه دين.

أو يقف مكتوف أمام كل لذة يرضاها العقل، ويقرها الدين؛ فيقطع بذلك سلسلة الحياة التي وصلت إليه حلقاتها بمن قبله، لأن خلقه أصبحت عقيمة بتراء لا تتصل بشيء بعدها، وإن اتصلت بمن قبلها، ففي كل من الشره والجمود قضاء على الفرد والمجتمع. وفي التوسط والاعتدال سعادتهما وصلاحهما. فلا يعتبر الشخص عفيفاً، ولا معتدلاً إذا حملة شهوة بطنه على الإكثار من الأطعمة والتفنن في ألوان المائدة، حتى يفقد ثروته، ثم يمد يده إلى الاستدانة، وسؤال الناس أعطوه أو منعوه، وما كان أغناه عن ذلك لو اعتدل في طعامه، وعف في أكله، بل يعتبر مثل هذا شَرَهاً سَاقِطاً بالرذيلة فيجب أن يعتدل الإنسان، حتى في مواطن الخبر المحضة، ليبقى حافظاً للكرامة مستبقياً ماء وَجْهِهِ مؤدّياً كل ما يلزمه من الواجبات.

وعلى كل فإن مجاوزة الخير الوسط، ولو في مباح اللذات هَادِمٍ للفضيلة التي هي العفة، مسقط في الرذيلة، سواء أكانت مجاوزة الحد إلى الزيادة، والإفراط، أم نزولاً عنه إلى النقص والتفريط.

فالعفة هي: دواء النفوس الذي لا يغني عنه سواه، فإذا تعهد الإنسان نفسه بهذا الأدب وألزمها السير عليه فقد سعد السعادة العظمى، وبلغ منتهى الكمال، وأما إذا غلبته شهواته فقد شقي شقة الأبد، وهلك مع الهالكين، لأن العفة تستوجب أن يكون المرء أمير نفسه يتحكم فيها بعقله، ويلزمها أمر ربه، فيتصرف في ميوله، وشهواته تصرف القائد المطاع بجنده، والراعي بماشيته لا تعصي له أمراً، ولا تستخف له رأياً.

فإن تَمَّ له ذلك فهو عفيف، ومعتدل، وإلاَّ فهو عديم الاعتدال، سَاقِط بالرذيلة.

فقد شبه العلماء ضابط نفسه بالماء والنار خلقهما الله؛ لانتفاعنا، وقضاء حوائجنا، وحفظ حياتنا، فمن ألقي بنفسه في الماء غرق، أو في النَّار حُرِقَ، فالشهوة كالماء، والنار كالغضب. إذا لم يستعملا بالحكمة، ولم يوقفا عند المصلحة - كانا وسيلتي شرٍّ، وآلتي تدمير.

فامتلاك زمام الشهوة، والغضب سبيل السعادة، وملاك مكارم الأخلاق، وأساس الحياة الأدبية. فليست العفة فضيلة واحدة، ولكنها الفضائل مجتمعة والآداب متآلفة.

قال بعض الحكماء: العفة والأمانة قبل كل شيء أساس الحياة الأدبية وشرط وجودها.

وقال آخر: إن النجاح في العمل، وفي الحياة يتوقف على العِفَّةِ، وتهذيب النفس، والحلم. فَإِنَّهُنَّ الصفات تكسب صاحبها السيادة على نفسه وعلى غيره؛ لأنها تمهد له سبل الحياة، وتفتح له الأبواب المُؤْصَدَة وأما العفة في الإسلام.

فالباحث في دين الإسلام - يرى أنه إذا دعا إلى فضيلة، أو ندب إلى خير - شرع له من الأحكام ما يضمن نفاذه، وهيأ له من النظم ما يشبه أن يكون سياجاً، بغية عبث العابثين، وحاطه بأمور تجعله ميسور التنفيذ، مقدور العمل منساقاً إليه بدافع وقوة حتى كأنه اضطراري، لا اختياري، فهو في كل غرض من أغراضه. =

....

= وكل حكم من أحكامه يشبه أن يقول للناس: كونوا كما أريد؛ فيكونون كذلك ويتتبع آي الكتاب العزيز ـ نجده تارة يذكر العفة باسمها، وتارة بمسماها، وآونة يحارب الرّذائل المتولدة عن أطرافها وأحياناً يحرم أسباب الرذائل ووسائلها.

(الأبضاع وأحكامها)

ـ آي القرآن الكريم ـ سورة النساء ـ قال الله تعالى:

﴿واللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾.

يحكم الله ـ تعالى ـ على المرأة إذا أتت جريمة الزنا، وثبت ذلك عليها أن تحبس في البيت إلى الموت، أو إلى أن يبين لها حكماً آخر، وكان التشريع هكذا في بدىء الإسلام، ثم نسخ بعد ذلك. وأصل الفاحشة كل ما فحش، ولكن الشريعة خصتها بجرائم الفرج خاصة؛ كالزنا واللواط؛ لأنها غاية في القبح، ونهاية في الشناعة، وقد بين الله ـ تعالى ـ حكم الرجال في الآية بعدها؛ قال ـ تعالى ـ في سورة النساء:

﴿وَاللَّذَانِ يأْتِيَانِهَا مِنْكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ تَوَّاباً رَحِيماً﴾.

لما كان الرجال لا بد لهم من العمل، ولا سبيل لحبسهم ـ أوجب إيذاءهم إذا أتوا هذه الفاحشة بما يراه الإمام رادعاً لهم. وكأن هذا كسابقه، ونسخ بعد ذلك، واستقر أخيراً. الجلد للبكر، والرجم للثيب.

سورة الأعراف: قال الله تعالى:

﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَاناً وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللهِ مَا لاَ تَعْمَلُونَ﴾.

انظر كيف بدأ بتحريم الفاحشة بهذا الأسلوب الشديد، وعمم فيها ما ظهر، وما بطن، وقرنها بكبائر الذنوب، كالشرك الذي يغفر الله كل ذنب دونه، والبغي، وافتراء عليه سبحانه.

سورة الأعراف: قال الله تعالى:

﴿وَلُوطاً إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بها مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعالَمِينَ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ﴾.

تلك مواعظ نبي الله لوط لقومه التي وعظهم بها؛ فلم يتعظوا؛ فأخذهم العذاب، وقد سبقت هذه الحادثة في مواضع، من الكتاب العزيز؛ ذكرى لمن يأتي بمثل ما أتوا من إتيان الذكور دون النساء خصوصاً إذا تبين أن قوم لوط استأصلهم العذاب الذي لا يبعد عن أمثالهم.

سورة هود: قال الله تعالى:

﴿فَلَمَّا جَاءَ أَمْرُنَا جَعَلْنَا عَالِيهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهَا حِجَارَةً مِنْ سِجِّيلٍ مَنْضُودٍ مُسَوَّمَةً عِنْدَ رَبِّكَ وَمَا هِيَ مِنَ الظَّالِمِينَ بِبَعِيدٍ﴾.

جعل عالي قراهم سافلها، وأمطرهم حجارة أهلكتهم، وهن الحجارة قريبة الوقوع بكل ظالم لنفسه، عدوٍ لها يقضي عليها بالفاحشة، ويدنسها بالفجور...

سورة النور: قال الله تعالى:

﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلاَ تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ في دِينِ اللهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.

بين حكم كل من الزاني والزانية وهو الجلد مائة، مع بيان أن الرأفة في تنفيذه تنافي الإيمان الصحيح؛ فلا =

....

= ينبغي أن تكون. وأمر آخر فيه تغليظ للعقوبة، وهي: أن يكون الجلد علناً على رؤوس الأشهاد، وربما كانت هذه أشد على كثير من الناس من العقوبة نفسها.

سورة النور: قال الله تعالى:

﴿الزَّانِي لاَ يَنْكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنْكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾.

وتلك عقوبة أخرى أنكى في الردع وأقسى في الزجر، وهي: ألا يتزوج الزانية مؤمن، ولا الزاني مؤمنة.

سورة النور: قال الله تعالى:

﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾.

هذا حكم القذف، أي: الرمي بالزنا، فمن رمى به غيره، ولم يقم على دعواه بينة ـ جلد ثمانين جلدة؛ ليعف الناس بألسنتهم عن ذكر الفاحشة؛ فلا يذكرها، ولا يفكر فيها أحد.

سورة النور: قال الله تعالى:

﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لاَ يَجِدُونَ نِكَاحاً حَتَّى يُغْنِيَهُمُ الله مِنْ فَضْلِهِ﴾.

سورة النور أيضاً: قال الله تعالى:

﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِي لاَ يَرْجُونَ نِكَاحاً فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ والله سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾.

أمر في الأولى القادرين على مضاجعة النساء العاجزين عن تكاليف الزوجية أن يعفوا عن الفحشاء إلى أن ييسر الله لهم الغنى. ورخص في الثانية للنساء القواعد اللاتي ضعفن، لكبرهن عن العمل أن يطرحن في بيوتهن زائد الشباب، كالبرقع والملاءة مثلاً، أما ما عدا ذلك فلا وإطراح الزائد مشروط بإقامتهن في البيوت، مع عدم إظهار الزينة بذلك، ثم تصح ـ تعالى ـ لهن بالتزام العفة، لأنها خير وكمال.

السنة. والآثار:

روى البخاري ومسلم أن النبي ﷺ قال:

«لاَ يَزْنِي الزَّانِي حِينَ يَزْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ، وَلاَ يَسْرِقُ السَّارِقُ حِينَ يَسْرِقُ وَهُوَ مُؤْمِنٌ. وَلاَ يَشْرَبُ الْخَمْرَ حِينَ يَشْرَبُهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ».

وروى أبو داود، عن النبي ﷺ:

«إِذَا زَنَا الرَّجُلُ ـ خَرَجَ مِنْهُ الإِيمَانُ؛ فَكَانَ عَلَيْهِ كَالظُّلَّةِ فَإِذَا أَقْلَعَ ـ رَجَعَ إِلَيْهِ الإِيمَانُ».

وفي هذا تصريح بأن عودة الإيمان بالتوبة.

وفي الحديث أيضاً:

«لاَ أَحَدَ أَغْيَرُ من الله مِنَ أَجْلِ ذَلِكَ حَرَّمَ الْفَوَاحِشَ ما ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ».

والغيرة على الحريم في الرجال كمال المروءة، وعنوان الشهامة، وبرهان الشرف. ومن فقد غيرته ـ فقد مروءته وشرفه وعرضه ودينه، بل فقد رجوليته، وإنسانيته. وليس كل غيرة تحمد، بل منها ما يحمد، ومنها ما يذم.

قال رسول الله ﷺ:

«إِنَّ مِنَ الْغِيرةِ مَا يُحِبُّهَا الله وَمِنْهَا مَا يُبْغِضُهَا الله فالَّتِي يَبْغَضُهَا: الْغَيْرَةَ مِنْ غَير رِيبَةٍ». =

....

= وقال ـ عليه الصلاة والسلام ـ:
«أَيُّمَا امْرأَةٍ اسْتَعْطَرَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ عَلَى قَوْمٍ، لِيَجِدُوا رِيحَهَا فَهِيَ زَانِيَةٌ. وَكُلُّ عَيْنٍ زَانِيَةٌ».
جعل الخروج المغري بالزنا زناً، حكماً على المقدمة بحكم النتيجة، وتسميته لإحداهما باسم الأخرى.
النظر:
وقد ورد في النظر قول النبي ﷺ:
«لَتَغُضُّنَّ أَبْصَارَكُمْ وَلَتَحْفَظُنَّ فُرُوجَكُمْ أَوْ ليكفنَّ الله وُجُوهَكُمْ» وقال: «الْعَيْنَان تَزْنِيَانِ وَالرِّجْلانُ تَزْنِيَانُ وَالْفَرْجُ يَزْنِي» وليس كل نظر محرماً، فالنظر الفجائي، لا شيء فيه إذا حرف الناظر بصره مسرعاً؛ فإن أطال كان آثماً. وكذلك النظر إلى الوجه والكفين لا شيء فيه، ما لم يترتب عليه فتنة؛ فإنه يحرم.
الخلوة:
كما ورد في الخلوة بوجه خاص أن رسول الله ﷺ قال:
«لاَ يَخْلُوَنَّ أَحَدُكُمْ بِامْرَأَةٍ إلاَّ مَعَ ذِي مَحْرمٍ».
وإذا ورد في بعض الطرق نهى الرجل عن الخلوة بامرأة ابنة مع كونه محرماً؛ فكيف بمن ليس بمحرم؛ كزوج الأخت؛ فلا يحل له الخلوة بأخت امرأته، ولا بعمتها، ولا بخالتها، بل ولا بأم امرأته، وإن كان لا يحل له التزوج بها ما دامت الخلوة تجر إلى الفساد، وتهدم العفاف، ومكارم الأخلاق.
الاختلاط: إذا حرمت الخلوة، والنظر ـ وجبت الحجاب، وحرم السفور، فلا نزاع في حرمة اختلاط النساء بالأجانب من الرجال.
قال الإمام علي ـ كرم الله وجهه ـ: «أكفف أبصارهن بالحجاب؛ فإن شدة الحجاب خير لهن من الارتياب».
وقالت عائشة أم المؤمنين ـ رضي الله عنها ـ:
«من شقوتنا أن الله قدمنا عند ذكر الشهوات».
وعن فاطمة الزهراء ـ رضي الله عنها ـ:
«أصلح شيء للمرأة ألاَّ ترى رجلاً، ولا يراها رجل». ولا شك أن الاختلاط من أهم العوامل في فساد الأخلاق، واختلال نظام الأسر، وما ترى ونسمع ونقرأ في الصحف السيئات كل يوم من الحوادث التي يندى لها جبين الحر، ويحمر منها وجه الإنسانية، وتخجل منها الفضيلة ليس إلاَّ من اختلاط ربات الحدود بالخدم وسائقي السيارات وغيرهم. تلك الحوادث التي تكفي واحدة منها لإلقام دعاة السفور وأخدان الرذيلة حَجَراً، ، لو كانوا يعقلون. وتكفي لزجر الناس عن أن يسمحوا لأجنبي مطلقاً من الدنو من النساء.
والحق أقول: لا يمكن أن تقوم لـاشعوب الإسلامية مدنية، أو يعود لهم مجد إلاّ على أساس الدين الحنيف، وخلق السلف الصالح؛ فإن فاتهم هذان الأمران، أو أحدهما ـ فليثقوا تمام الثقة أنه لا مجد، ولا مدينة، ولا استقلال، ولا حرية، بل ولا نصر، ولا تقدم يلحقهم ما داموا غير متمسكين بتعاليم دينهم، وجعلوها دبر آذانهم، وخلف ظهورهم. وفي هذا المعنى يقول المغفور له أمير الشعراء:
وإنـمـا الأمـم الأخـلاق مـا بـقـيـت ... فإن همو ذهبت أخلاقهم ذهبوا.

وَعَلىٰ هَـٰذا قَالُوا فِي المْرأَةِ إِذَا وُطِئَتْ بشبهةٍ ثم قَذَفَهَا زوجُها أنه لا يجب عليه اللعان، ولو قذفها أجنبيٌّ لا يجب عليه الحدُّ؛ لأنها وطئت وطأً حراماً فَذَهَبَتْ عفَّتُهَا، ثم رجع أبو يوسف وقال: يَجِبُ بقذفِها الحدُّ واللعانُ؛ لأنَّ هذا وطء يتعلق به ثبوتُ النسبِ ووجوبُ المهرِ، فكان كالموجود في النكاحِ، فلا يُزيل العفَّةَ عن الزنا.

والجواب: أَن الوطءَ حرامٌ لعدمِ النكاح، إنما الموجود شبهة النكاح، (فكان ينبغي) أن يجب الحد عليها إلا أنه سقط للشبهة، فلأن يَسقط الحد واللعان عنِ القاذفِ لمكان الحقيقة أولى.

وَأَمَا الذي يرجع إليهما جميعاً فهو: أن يكونا زوجين حُرَّيْنِ عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين في القذف[1] أما اعتبار الزوجية فلأنَّ الله ـ تبارك وتعالى ـ خَصَّ اللعان

(١) قالت المالكية اللعان يكون في كل زوجين حرّين كانا أو عبدين، مؤمنين أو كافرين، فاسقَين أوعَدْلَين. وبه قال الشافعيّ. ولا لعان بين الرجل وأمته، ولا بينه وبين أمّ ولده. وقيل: لا ينتفي ولد الأمة عنه إلا بيمين واحدة؛ بخلاف اللعان. وقد قيل: إنه إذا نفى ولدَ أمِّ الولد لاعن. والأول تحصيل مذهب مالك وهو الصواب. وقال أبوحنيفة: لا يصح اللعان إلا من زوجين حرين مسلمين؛ وذلك لأن اللعان عنده شهادة، وعندنا وعند الشافعي يمين، فكلّ من صحت يمينه صح قذفه ولعانه. واتفقوا على أنه لا بد أن يكونا مكلّفَيْن. وفي قوله: «وجد مع امرأته رجلاً». دليل على أن الملاعنة تجب على كل زوجين؛ لأنه لم يخص رجلاً من رجل ولا امرأة من امرأة، ونزلت آية اللعان على هذا الجواب فقال: ﴿والذين يَرْمون أزواجهم﴾ ولم يخص زوجاً من زوج. وإلى هذا ذهب مالك وأهل المدينة؛ وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثَوْر. وأيضاً فإن اللعان يوجب فسخ النكاح فأشبه الطلاق؛ فكل من يجوز طلاقه يجوز لعانه. واللعان أيمان لا شهادات؛ قال الله تعالى وهو أصدق القائلين: ﴿لَشَهَادَتُنا أَحَقُّ مِن شهادتِهما﴾ [المائدة: ١٠٧] أي أيماننا. وقال تعالى: ﴿إذا جاءك المنافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لرَسُولُ الله﴾ [المنافقون: ١]. ثم قال تعالى: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَةً﴾ [المجادلة: ١٦]. وقال عليه السلام: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن». وأما ما احتج به الثوري وأبو حنيفة فهي حجج لا تقوم على ساق؛ منها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر وقال: قال رسول الله ﷺ: «أربعة ليس بينهم لعان ليس بين الحر والأمة لعان وليس بين الحرة والعبد لعان وليس بين المسلم واليهودية لعان وليس بين المسلم والنصرانية لعان». أخرجه الدَّارَقُطْنِيَ من طرق ضعفها كلِّها. وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قوله، ولم يرفعه إلى النبي ﷺ. واحتجوا من جهة النظر أن الأزواج لما استثنوا من جملة الشهداء بقوله: ﴿ولم يكن لهم شُهَدَاءُ إلاَّ أَنْفُسُهُمْ﴾ وجب ألا يلاعن إلا من تجوز شهادته. وأيضاً فلو كانت يميناً ما رُددت، والحكمة في ترديدها قيامها في الأعداد مقام الشهود في الزنا. قلنا: هذا يبطل بيمين القَسَامة فإنها تكرر وليست بشهادة إجماعاً والحكمة في تكرارها التغليظ في الفروج والدماء. قال ابن العربي: والفَيْصل في أنها يمين لا شهادة أن الزوج يحلف لنفسه في إثبات دعواه وتخليصه العذاب، وكيف يجوز لأحد أن يدّعي في الشريعة أن شاهداً يشهد لنفسه بما يوجب حكماً على غيره! هذا بعيد في الأصل معدوم في النظر.
ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ١٢٤، ١٢٥).

بالأزواج بقولِهِ ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ. . .﴾ [النور:٦] وأنه حكم ثبت تَعَبُّداً غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد، وإنما ورد التعبدُ به في الأزواج فيقتصر عليهم.

وعلى هذا قال أصحابُنا: أَنَّ مَنْ تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ثم قذفها، لم يلاعنها لعدم الزوجية، إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة.

وقال الشافعيُّ: يلاعنُها إذا كان القذف بنفي الولد، لأن القذف إذا كان بنفي الولد تقع الحاجةُ إلى قطعِ النسبِ، والنسبُ يثبتُ بالنكاحِ الفاسدِ كما يثبتُ بالنكاحِ الصحيحِ، فيشرع اللعان لقطعِ النسب.

والجواب: أنَّ قَطْعَ النسبِ يكونُ بعد الفراغ من اللعان، ولا لعان إلا بعد وجوبه، ولا وجوب لعدمِ شرطِهِ وهو الزوجيةُ، ولو طَلَّقَ امرأتَهُ طلاقاً بائناً أو ثلاثاً، ثم قذفها بالزنا، لا يجبُ اللعانُ لعدم الزوجية لِبطلانها بالإبانة والثلاثِ، ولو طلقها طلاقاً رجعيّاً، ثم قذفها، يجبُ اللعان؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطلُ الزوجيةَ، ولو قذف امرأته بزناً كان قبل الزوجية، فعليه اللعان عندنا، وعند الشافعيِّ عليه حَدُّ القذفِ، واحتجَّ بآيةِ القذفِ وهي قولهُ ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور:٤].

ولنا: آيةُ اللعان، وهي قولهُ ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بالله. . .﴾ [النور:٦] من غيرِ فصلٍ بين ما إذا كان القذفُ بزنا بعد الزوجية أو قبلها.

والدَّلِيلُ عَلَىٰ أنَّه قَذَفَ زَوْجَتَهُ أنَّه أَضَافَ القذف إليها وهي للحال زوجته إلا أنه قذفها بزنا متقدم، وبهذا لا تخرج من أن تكون زوجتَهُ في الحالِ؛ كما إذا قذف أجنبية بزناً متقدم حتى يلزمه[1] القذفُ؛ كذا هٰهنا.

وأمَّا آيةُ القذف فهي متقدمةٌ على آيةِ اللعان، فيجب تخريجها على التناسخ، فينسخ الخاصُّ المتأخرُ العامَّ المتقدمَ بقدره عند عامة مشايخنا، وعنده يقضي العامُّ على الخاصِ بطريقِ التخصيصِ على ما مَرَّ.

ولو قذف امرأتَهُ بَعْدَ موتها لم يلاعن عندنا.

وعند الشافعي: يلاعن على قبرها.

---

(١) في أ: يجب.

واحتَجَّ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ ـ عزَّ وجلَّ ـ في آيةِ اللِّعَانِ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾[١] [النور: ٦] من غير فصلٍ بين حال الحياة والموت.

١٢٦ب ولنا: قولُهُ ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ...﴾ / الآية [النور: ٦] خصَّ ـ سبحانه وتعالى ـ اللعانَ بالأزواجِ، وقد زالت الزوجية بالموتِ، فلم يوجد قذفٌ للزوجة، فلا يجب اللعان، وبه تبين أن الميتةَ لم تدخلْ تحتَ الآيةِ؛ لأنَّ الله ـ تعالى ـ أوْجَبَ هذه الشهادة بقذف الأزواج بقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ...﴾ [النور: ٦] وبعد الموت لم تبق زوجة له.

وأمَّا اعتبارُ الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنطق وعدم الحد في القذف فالكلامُ في اعتبار هذه الأوصاف شرطاً لوجوبِ اللعان ـ فرعُ للكلام في معنى اللعان وما يثبته شرعاً، وقد اختلف فيه، قال أصحابنا: أنَّ اللعان شهادةٌ مؤكدة بالأَيْمَانِ مقرونة باللعن وبالغضب، وأنه في جانب الزوج قائمٌ مقامَ حَدِّ القذف، وفي جانبها قائمٌ حدِّ الزنا.

وقال الشافعيُّ: اللِّعَانُ أَيْمَانٌ بلفظ الشهادة مقرونةٌ باللعن والغضب، فكلُّ من كان من أهل الشهادة واليمينِ، كان من أهل اللعان، ومَنْ لا فلا عندنا، وكلُّ من كان من أهل اليمينِ فهو مِنْ أهلِ اللِّعان عنده، سواء كان من أهل الشهادة أو لم يكن، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ من أهل الشهادة [ولا من أهل][٢] اليمين، لا يكون[٣] من أهل اللعان [بالإجماع][٤] احتجَّ الشافعيُّ بقوله ـ تعالى ـ في تفسير اللعان: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾ [النور: ٦] فَسَّرَ الله ـ تعالى ـ اللعان بالشهادة بالله، والشهادةُ بالله يمينٌ.

ألاَ تَرَىٰ أن من قال: أَشْهَدُ بالله، يكون يميناً، إلاَّ أنه يمينٌ بلفظِ الشهادةِ؛ ولأن اللعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله ـ تعالى ـ؛ لأن الشهادة لا تفتقرُ إلى ذلك، وإنما اليمينُ هي التي تفتقر إليه؛ ولأنه لو كان شهادة لكانت شهادة على النصفِ من شهادَةِ الرجلِ؛ كما في سائر المواضع التي للمرأة فيها شهادةٌ، فينبغي أن تشهد المرأة عشر مرات، فلما لم يَكُنْ ذلك دَلَّ أنه ليس بشهادة.

والدليلُ على أنه يمينٌ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ [٥]لما فرق بين المتلاعنين وكانت المرأة حبلى فقال لها: «**إذَا وَلَدْتِ وَلَدَاً فَلاَ تُرْضِعِيهِ حَتَّىٰ تَأْتِينِي بِهِ**» فلما انصرفُوا عنه قال رَسُولُ الله ﷺ: «**إِنْ وَلَدَتْهُ أَحْمَرَ مِثْلَ الدبسِ**[٦]**، فَهُوَ يُشْبِهُ أَبَاهُ الَّذِي نَفَاهُ، وإِنْ وَلَدَتْهُ أَسْوَدَ أَدْعَجَ جعداً قَطَطاً، يُشْبِهُ الَّذِي رُمِيَتْ بِهِ**» فلما وضعت وأتتْ به رسولَ الله ﷺ نظر إليه فإذا هو أسود أدعج

---

(١) في ط: «فشهادة أحدهم».
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: كان.
(٤) سقط من ط.
(٥) في أ: أنه لما.
(٦) في أ: الدنس.

جعدٌ قططٌ على ما نَعَتَهُ رسولُ الله ﷺ فقال ﷺ: **«لَوْلاَ الأَيـمَانُ الَّتِي سَبَقَتْ لَكَانَ لِي فِيهَا رَأْيٌ»**[(١)].

وفي بعض الروايات: **«لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ»**[(٢)] فقد سمى ﷺ اللِّعَانَ أيماناً لا شهادة، فَدَلَّ أنه يمينٌ لا شهادة.

ولنا: قولهُ ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ. . .﴾ [النور:٦] والاستدلالُ بالآية الكريمة من وجهين:

أحدهما أنه ـ تعالى ـ سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء، لأنه استثناهم من الشهداء بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ﴾ [النور:٦] والمستثنى من جنس المستثنى منه.

والثاني أنه سمى اللعان شهادة نصّاً بقولِهِ ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾ [النور: ٦] وَالخَامَسةَ أي: الشهادة الخامسة، وقال ـ تعالى ـ في جانبها: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ﴾ [النور:٨] والخَامِسة أي: الشهادة الخامسة، إلا أنه ـ تعالى ـ سماه شهادة بالله تأكيداً للشهادةِ باليمينِ، فقوله: أشهد، يكون شهادة، وقوله: بالله، يكون يميناً، وهذا مذهبُنا أنه شهاداتٌ مؤكدةٌ بالأَيْمَانِ، وهو أَولَىٰ مما قاله المخالِفُ؛ لأنه عملٌ باللفظين في معنيين، وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحدٍ، فكان ما قلناه أولى.

والدليل على أنه شهادة أنَهُ شَرَطَ فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم.

وأما قولُهُ: لو كان شهادة لَكَانَ في حقِّ المرأة على النصفِ من شهادةِ الرجلِ، فنقول: هو شهادةٌ مؤكدةٌ باليمينِ، فيراعى فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين، وقد راعينا معنى الشهادة فيه باشتراط لفظِةِ الشهادة، فيراعى معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة في العددِ؛ عملاً بالشبهين جميعاً، ولا حجة له في هذا الحديث؛ لأنه رُوِي في بعض الروايات: «لَوْلاَ مَا مَضَىٰ مِنَ الشَّهَادَاتِ»، وهذا حجةٌ عليه حيث سماه شهادة، ثم نقول بموجبه أنه يمين، لكن هذا لا ينفي أن يكون شهادة فهو شهادة مؤكدة باليمين، والله ـ تعالى ـ الموفق.

إذا عرف هذا الأصل تخرج عليه المسائل: أما اعتبار العقل والبلوغ فلأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين، فلا يكونان من أهل اللعان بالإِجماع، وأمَّا الحريةُ: فالمملوك ليس من أهلِ الشهادة، فلا يكون من أهل اللعان بالإِجماع.

---

(١) تقدم تخريجه من حديث ابن عباس.

(٢) تقدم تخريجه.

وَأمَّا الإسلامُ: فالكافر ليس من أهل الشَّهادة على المسلم، وإن كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر، وإذا كانا كافرين، فالكافر/ - وإن كان من أهل الشهادة على الكافر - فليس من أهل اليمين بالله - تعالى -؛ لأنه ليس من أهلِ حكمها وهو الكفارة؛ ولهذا لم يصح ظهار الذمي عندنا، واللعان عندنا، شهاداتٌ مؤكدة بالأَيْمَانِ، فمن لا يكون من أهل اليمين لا يَكُونُ من أهل اللعان.

١٢٧أ

وَأمَّا اعتبارُ النطق؛ فلأن الأخرس[١] لا شهادة له؛ لأنه لا يتأتى منه لفظة الشهادة؛ ولأن القذف منه لا يكون إلا بالإشارة، والقذف بالإشارة يكون في معنى القذف بالكتابة، وأنه لا يوجب اللعان؛ كما لا يوجب الحد؛ لما نذكره في «الحدود»، إن شاء الله - تعالى -.

وأمَّا المحدود في القذفِ فلا شهادة له؛ لأن الله - تعالى - رَدَّ شهادته على التأبيد، ولا يلوم على هذا الأَصل قذفُ الفاسق والأعمى، فإنه يوجب اللعان ولا شهادة لهما؛ لأن الفاسق له شهادة في الجملة، ولهما جميعاً أهلية الشهادة.

ألاَ تَرَىٰ أن القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه، ومعلومٌ أنه لا يجوز القضاء بشهادة مِنْ لَيْسَ من أهل الشهادة؛ كالصبي والمجنون والمملوك، إلاَّ أنه لا تقبل شهادة الأعمى في سائر المواضيع؛ لأنه لا يميز بين المشهودِ له والمشهود عليه، لا لأنه ليس من أهل الشهادة، ثم هذه الشرائطُ كما هي شرطُ وجوب اللعان فهي شرطُ صحةِ اللعانِ وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها.

وعند الشافعي يجري اللعان بين المملوكين والأخرسين والمحدودين في القذف؛ لأن هؤلاء من أهل اليمين، فكانوا من أهل اللعان؛ وكذا بين الكافرين؛ لأنَّ يمين الكافر صحيحة عنده، لأنه[٢] من أهل الإعتاق والكسوة والإطعام، ولهذا قال: يجوز ظهار الذميِّ، وعلى هذا [الأصل][٣] يخرج قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنهما إذا التعنا عند الحاكم ولم يفرِّقْ بينهما حتى عُزِلِ أو مات، فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما، لأن اللعان لما كانَ شهادة، فالشهود إذا شهدوا عند الحاكم فمات أو عُزل قَبْلَ القضاء بشهادتهم، لم يعقد الحاكم بتلك الشهادة، وعند محمدٍ: لا يستقبل اللعان.

---

(١) واختلف العلماء في ملاعنة الأخرس؛ فقال مالك والشافعيّ: يلاعن؛ لأنه ممن يصح طلاقه وظِهاره وإيلاؤه، إذا فُهم ذلك عنه. وقال أبوحنيفة: لا يلاعن؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، ولأنه قد ينطق بلسانه فينكر اللعان، فلا يمكننا إقامة الحدّ عليه.
ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ١٢٥).

(٢) في ط: لا.

(٣) سقط من ط.

وقولهُ: لا يخرج على هذا الأصل ولكن الوجه له أن اللعان قائمٌ مقامَ الحدِّ، فإذا التعنا فكأنه أقيم الحد، والحدُّ بعد إقامته لا يؤثر فيه العزل والموت.

والجواب أن حكم القذف لا يتناهى إلا بالتفريق فيؤثر العزل والموت قبله، ثم ابتداء الدليل لنا في المسألة ما رُوِيَ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أَرْبَعَةٌ لاَ لِعَانَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِمْ، لاَ لِعَانَ بَيْنَ المُسْلِمِ وَالكَافِرَةِ، والعَبْدِ وَالحُرَّةِ، والحُرِّ وَالأَمَةِ، والكَافِرِ وَالمُسْلِمَةِ**»[1] وصورته الكافر أسلمت زوجتَه فقبل أن يُعرض الإِسلامُ على زوجها قذفها بالزنا.

ولنا أصلٌ آخر لتخريج المسائل عليه، وهو إنَّ كلَّ قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف أجنبياً لا يوجب اللعان إذا كان القاذف زوجاً؛ لأنَّ اللعانَ موجبُ القذف في حقِّ الزوج؛ كما أنَّ الحدَّ موجب القذف في الأجنبي، وقذف واحد ممن ذكرنا لا يوجبُ الحد لو كان أجنبياً، فإذا كان زوجاً لا يوجب اللعان وابتداء ما يحتج به الشافعيُّ عموم آية اللعان إلاَّ من خص بدليل، ولا حجة له [في الآية][2]؛ لأنَّ الله ـ تعالى ـ سمى ﴿الذين يرمون أزواجهم﴾ شهداء في آية اللعان، واستثناهم من الشهداء المذكورين في آية القذف، ولم [يدخل واحدٌ][3] ممن ذكرنا في المستثنى منهم؛ فكذا في المستثنى؛ لأن الاستثناء استخراج من تلك الجملة وتحصيل منها.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٧٠) كتاب الطلاق: باب اللعان حديث (٢٠٧١) والدارقطني (٣/ ١٦٣ ـ ١٦٤) كتاب الحدود: حديث (٢٤٠) والبيهقي (٧/ ٣٩٦ ـ ٣٩٧) كتاب اللعان: باب من يلاعن من الأزواج ومن لا يلاعن، من طريق عثمان بن عطاء الخراساني عن أبيه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: أربع من النساء لا ملاعنة بينهن: النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والحرة تحت المملوك والمملوكة تحت الحر.
وقال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ١٣٦): هذا إسناد ضعيف ابن عطاء اسمه عثمان بن عطاء متفق على تضعيفه ا هـ.
لكنه توبع تابعه يزيد بن زريع.
أخرجه البيهقي (٧/ ٣٩٦ ـ ٣٩٧).
ويزيد ضعيف جداً.
وقال البيهقي: وعطاء الخراساني أيضاً غير قوي.
وقد توبع أيضاً تابعه عثمان بن عبد الرحمٰن الوقاصي.
أخرجه الدارقطني (٣/ ١٦٤) والبيهقي (٧/ ٣٩٧) وعثمان متروك.
وللحديث متابعات أخرى عند الدارقطني والبيهقي وضعفاها.

(٢) في ط: فيها.

(٣) في أ: يوجد.

وأما الذي يرجع إلى المقذوف به والمقذوف فيه ونفس القذف فنذكره في «كتاب الحدود»، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

فصل فيما يظهر به الوجوب عند القاضي

وأما بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان، وهو القذف ـ عند القاضي، فسبب ظهور القذف نوعان.

أحدهما: البينةُ؛ إذا خاصمت المرأة فأنكر القذف، والأفضلُ للمرأة أن تترك الخصومة والمطالبة لما فيها من إشاعة الفاحشة؛ وكذا تركها من باب الفضل والإكرام، وقد قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَلاَ تَنسَوُا الفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧] فإن لم تترك وخاصمته إلى القاضي يستحسن للقاضي أن يدعوهما إلى الترك، فيقول لها: اتركي واعرضي عن هذا؛ لأنه دعاء إلى ستر الفاحشةِ، وأنه مندوب إليه، فإن تركت وانصرفت ثم بَدَا لها أن تخاصمه، فلها ذلك، وإن تقادم العهد؛ لأن ذلك حَقّها، وَحَقُّ العبد لا يسقط بالتقادُم.

فإن خاصمته وادعت عليه أنه قذفها بالزنا، فجحد الزوجُ، لا يقبل منها في إثبات القذف إلا بشهادة رجلين عَدْلَيْنِ، ولا تقبل شهادة النساء، ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي؛ كما لا يقبل في إثبات القذف على الأَجنبي؛ لأنَّ اللعان قائمٌ مقامَ حد القذف وأسباب الحدود، ولا/ يقبل إثباتها شهادة النساء على النساء، ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي، لتمكن زيادة شبهة ليست في غيرها، والحدودُ تُدْرَأُ بالشبهات. ١٢٧ب

والثاني: الإقرارُ بالقذفِ، وشرطُ ظهورِ القذف بالبينةِ والإقرارِ هو الخصومة والدعوى؛ لما نذكر «كتاب الحدود» إن شاء الله ـ تعالى ـ.

فصل فيما يسقط اللعان بعد وجوبه

وأما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه، وبيان حكمه إذا سقط أو لم يجب أصلاً فنقول، وبالله التوفيق: كلُ ما يمنع وجوب اللعان إذا اعترض بعد وجوبه يسقطه[1] كما إذا جُنا[2] بعد القذف، أو جن أحدُهما، أو ارتدًا، أو ارتدَّ أحدُهما، أو خرسا، أو خرس أحدُهما، أو قذف أحدُهما إنساناً فحُدَّ حَدَّ القذفِ، أو وطئت المرأة وطئاً حراماً، فلا يجبُ عليه الحدُّ؛ وكذا إذا أبانها بعد القذف، فلا حد ولا لعان.

---

(١) في ط يسقط.

(٢) في ط: جنى.

أما عدمُ وجوبِ الحدِّ؛ فلأن القذف أوجب اللعان فلا يوجب الحد، وَأَمَّا عدم وجوب اللعان فلزوالِ الزوجية، وقيامُ الزوجية شرطُ جريان اللعان؛ لأن الله ـ سبحانه وتعالى ـ خَصَّ اللعان بالأزواج، ولو طلقها طلاقاً رجعياً لا يسقط اللعان؛ لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية.

ولو قال لها: يا زانية أنت طالقٌ ثلاثاً، فلا حَدَّ ولا لعان؛ لأن قوله: يا زانية، أوجب اللعان لا الحد؛ لأنه قذف للزوجة، ولما قال: أنت طالقٌ ثلاثاً، فقد أبطل الزوجية واللعان لا يجري في غير زواج.

ولو قال لها: أنت طالقٌ ثلاثاً يا زانية، يجب الحدُّ ولا يجب اللعان؛ لأنه قذفها بعد الإبانة وهي أجنبيةٌ بعد الإبانةِ، وقَذْفُ الأجنبية يوجب الحدَّ لا اللعان.

ولو أكذب الزوج نَفْسَه سَقَطَ اللعان؛ لتعذر الإتيان به؛ إذ مِنَ المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين، وهو يقول: إنه كاذب، ويجب الحدُّ لما نذكر في «كتاب الحدود» إن شاء الله ـ تعالى ـ.

ولو أكذبت المرأة نَفْسَهَا في الإنكار وَصَدَّقَتِ الزوج في القذف، سَقَطَ اللعانُ؛ لما قلنا[1]، ولا حد لما نذكر إن شاء الله ـ تعالى ـ، ولو لم ينعقد القذف موجباً للعان أصلاً؛ لفوات شرط من شرائط الوجوب، فهل يجب الحدُّ؟ فمشايخنا أصلوا في ذلك أصلاً، فقالوا: إن كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها، فلا حد ولا لعان، وإن كان القذف صحيحاً، وإن كان لمعنى من جانبه فإن لم يكن القذف صحيحاً فكذلك، وإن كان صحيحاً يحد.

وعلى هذا الأصل خرَّجوا جنس هذه المسائل فقالوا: إذا أكذب نَفْسَهُ يُحَدُّ، لأن سقوط اللعان لمعنى من جانبه، وهو إكذابه نفسه، والقذف صحيحٌ؛ لأنه قذف عاقل بالغ فيجب الحد، ولو أكذبت نَفْسَهَا في الإنكار وصدقت الزوجَ في القذف، فلا حد ولا لعان، وإن كانت على صفة الالتعان؛ لأنَّ سقوطَ اللعان لمعنى من جانبها وهو إكذابها نفسها، ولو كانتِ المرأة على صفة الالتعان والزوج عبدٌ، أو كافرٌ، أو محدودٌ في قذف، فعليه الحدُّ؛ لأَن قذفها قذف صحيح، وإنما سقط اللعان لمعنى من جهته، وهو أنه على صفة لا يصح منه اللعان، ولو كان الزوج صبياً أو مجنوناً، فلا حد ولا لعان.

وإن كانت المرأةُ على صفة الالتعان؛ لأن قذف الصبي والمجنون ليس بصحيح، ولو

(١) في أ: بيّنا.

كان الزوج حرّاً عاقلاً بالغاً مسلماً غير محدودٍ في قذفٍ، والزوجة لا بصفة الالتعان بأنْ كانت كافرةً، أو مملوكةً، أو صبيةً، أو مجنونةً، أو زانيةً، فلا حد على الزوج ولا لعان؛ لأَن قذفها ليس بقذف صحيح.

ألاَ ترى أن أجنبياً لو قذفها لا يُحَدُّ، ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة بالغة عفيفة إلا أنها محدودةٌ في القذف، فلا حد ولا لعان؛ لأنَّ القذفَ وإن كان صحيحاً لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها، وهو أنها ليستْ من أهلِ الشهادة، فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته، وإن كان كلُّ واحدٍ من الزوجين محدوداً في قذف، فقذفها، فعليه الحدُّ؛ لأنَّ القذف صحيحٌ، وسقوط اللعان لمعنى في الزوج، ولا يقال إنه سقط لمعنى في المرأة بدليل أن الزوج لو لم يكن محدوداً والمرأة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها، وإن كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغي أن لا يجب اللعان ولا الحد، لأنّا نقولُ: القذفُ الصحيحُ إنما تعتبر فيه صفات المرأة إذا كان الزوج من أهلِ اللعان، فأما إذا لم يكن من أهلِ اللعانِ لا تعتبر وإنما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع بما فيه، لا بما فيها، فكان سقوط اللعان لمعنى في الزوج بعد صحة القذف فيحد، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل في حكم اللعان

وأما حكم اللعان، فالكلام في هذا الفصل في موضعين:

أحدهما في بيان حكم اللعان.

والثاني في بيان ما يبطل حكمه.

أما بيانُ حكم اللعان: فللعان حكمان، أحدهما أصلي، والآخر ليس بأصليٍّ، أما الحكم الأصلي للعان فنذكر أصل الحكم ووصفه.

١٢٨أ أما الأول فنقول/ اختلف العلماء فيه، قال أصحابنا الثلاثة: هو وجوب التفريق ما داما على حالِ اللعانِ، لا وقوع الفرقة بنفسِ اللعان من غير تفريق الحاكم، حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وإيلاؤه، ويجري التوارث بينهما قبل التفريق[1].

---

(١) قال مالك وأصحابه: وبتمام اللعان تقع الفرقة بين المتلاعنَيْن، فلا يجتمعان أبداً ولا يتوارثان، ولا يحل له مراجعتها أبداً لا قبل زوج ولا بعده؛ وهو قول اللّيث بن سعد وزُفَر بن الهُذَيل والأوزاعِيّ. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: لا تقع الفرقة بعد فراغهما من اللعان حتى يفرق الحاكم بينهما؛ وهو قول الثوري؛ لقول ابن عمر: فرّق رسول الله ﷺ بين المتلاعنَين؛ فأضاف الفرقة إليه، ولقوله عليه السلام: «لا سبيل لك عليها». وقال الشافعيّ: إذا أكمل الزوج الشهادة والالتعان فقد زال فراش امرأته، =

وقال زُفرُ والشافعيُّ: هو وقوع الفرقة بنفس اللعان، إلاً أن عند زُفَرُ لا تقع الفرقة ما لم يَلْتَعِنَا.

وعند الشافعيّ: تقع الفرقة بلعان الزوج قبل أن تلتعن المرأة.

وجه قول الشافعي: أن الفرقة أمرٌ يختص بالزوج، ألاَ ترى أنه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق.

واحتج زُفَرُ بما رُوِي عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**المُتَلاَعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبداً**»[1] وفي بقاء النكاح اجتماعهما، وهو خلافُ النصِّ.

ولنا: ما رَوَى نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رجلاً لاعن امرأته في زمنِ رسولِ الله ﷺ وانتفَىٰ مِنْ ولدها، ففرق النبيُّ ﷺ بينهما، وَالْحَقَ الولد بالمرأة.

وعن ابن عباسٍ - رضي الله عنهما - أن النبيَّ ﷺ لما لاعن بين عاصم بن عدي وبين امرأته فرق بينهما، وروي أن رسولَ الله ﷺ لاعن بين العجلانيِّ وبين امرأته، فلما فرغا من اللعان فرق بينهما، ثم قال - عليه الصلاة والسلام -: «**الله يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا لَكَاذِبٌ**[2]، **فَهَلْ**

= التعنت أو لم تلتعن. قال: وأما التعان المرأة فإنما هو لدرء الحدّ عنها لا غير؛ وليس لالتعانها في زوال الفراش معنىً. ولما كان لعان الزوج ينفي الولد ويسقط الحدّ رُفع الفراش. وكان عثمان البَتّي لا يرى التلاعن ينقص شيئاً من عصمة الزوجين حتى يطلّق. وهذا قول لم يتقدمه إليه أحد من الصحابة؛ على أن البَتي قد استحب للملاعن أن يطلّق بعد اللعان، ولم يستحسنه قبل ذلك؛ فدلّ على أن اللعان عنده قد أحدث حكماً. وبقول عثمان قال جابر بن زيد فيما ذكره الطبري، وحكاه اللّخميّ عن محمد بن أبي صُفْرة. ومشهور المذهب أن نفس تمام اللعان بينهما فرقة. واحتج أهل هذه المقالة بأنه ليس في كتاب الله تعالى إذا لاعن أو لاعنت يجب وقوع الفرقة، وبقول عُوَيْمِر: كذبتُ عليها إن أمسكتُها؛ فطلّقها ثلاثاً، قال: ولم ينكر النبي ﷺ ذلك عليه ولم يقل له لم قلت هذا، وأنت لا تحتاج إليه؛ لأن باللعان قد طلقت. والحجة لمالك في المشهور ومن وافقه قولُه عليه السلام: «لا سبيل لك عليها». وهذا إعلام منه أن تمام اللعان رفع سبيله عنها وليس تفريقه بينهما باستئناف حكم، وإنما كان تنفيذاً لما أوجب الله تعالى بينهما من المباعدة، وهو معنى اللعان في اللغة.
ينظر: تفسير القرطبي (١٢/ ١٢٩).

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٧٦) رقم (١١٦) والبيهقي (٧/ ٤٠٩) من حديث ابن عمر وقال البيهقي: إسناده صحيح وله شاهد من حديث سهل بن سعد الساعدي أخرجه البيهقي (٧/ ٤١٠).
وأصل الحديث عند أبي داود (٢/ ٢٧٤) كتاب الطلاق: باب في اللعان حديث (٢٢٥٠) بلفظ مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان وفي الباب عن علي وعمر وابن مسعود.
ينظر «مصنف عبد الرزاق» (٧/ ١١٢ - ١١٣) رقم (١٢٤٣٣، ١٢٤٣٤، ١٢٤٣٦).
ومصنف ابن أبي شيبة (١٤/ ١٧٣) رقم (١٧٩٨٠).

(٢) في أ: كاذب.

مِنْكُمَا تَائِبٌ؟»[١] قال ذلك ثلاثاً، فأبيا ففرق بينهما.

فدلت الأحاديثُ على أن الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانها، إذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله ﷺ بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان؛ ولأن ملك النكاح كان ثابتاً قبل اللعان، والأصل أن الملك متى ثبت لإنسان لا يزول إلا بإزالتة أو بخروجه من أن يكون منتفعاً به في حقه؛ لعجزه عن الانتفاع به، ولم توجد الإزالة من الزوج، لأن اللعان لا ينبىء عن زوال الملك؛ لأنه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين، وكلُّ واحد منهما لا ينبىء عن زوال الملك؛ ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والأيْمَان، والقدرة على الامتناع ثابتة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان، وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي.

ثم قولُ الشافعي مخالفٌ لآية اللعان؛ لأن الله ـ تعالى ـ خاطب الأزواج باللعان بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ. . .﴾ [النور:٦] إلى آخر ما ذكر، فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج، فالزوجة تلاعنه وهي غير زوجة، وهذا خلاف النص.

وأما زفر، فلا حجة له في الحديث؛ لأن المتلاعن متفاعل مع اللعن، وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل، فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلاً حقيقة، فلا يبقى ملاعناً حقيقة، فلا يصح التمسك به لإثبات الفرقة عَقِيب اللعان، فلا تثبت الفرقة عَقِيبة؛ وإنما الثابت عَقِيبة وجوبُ التفريق، فإن فرق الزوج بنفسه وإلاَّ ينوب القاضي منابه في التفريق، فإذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة، فإن أخطأ القاضي ففرق قبلَ تمام اللعان، ينظر إن كان كلُّ واحد منهما قَد التعن أكثر اللعان نفذ التفريق، وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهُما لم يلتعن أكثر اللعان، لم ينفذ؛ وإنما كان كذلك لأنَّ تفريق القاضي إذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد في موضع يَسُوغ الاجتهاد فيه، فينفذ قضاؤه كما في سائر المجتهدات، والدليل على أن تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة:

أحدهما: أنه عرف أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، فأفضى[٢] اجتهاده إلى أن الأكثر يقوم مقام الكل في اللعان.

والثاني: أنه اجتهد أن التكرار في اللعان للتأكيد والتغليظ، وهذا المعنى يوجد في الأكثر.

والثالث: أنه زعم أنه لما ساغ للشافعي الاقتصار على لعان الزوج إذا قذف المجنونة أو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في ط: فاقتضى.

الميتة؛ فلأن يسوغ له الاجتهاد بعد إكمال الزوج لعانه وإتيان المرأة بأكثر اللعان ـ أولى. فثبت أن قضاء القاضي صادف محلَّ الاجتهاد فينفذ.

فإن قيل شرط جواز الاجتهاد أن لا يخالف النص، وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة؛ لأن كتابَ الله وَرَدَّ باللعان بعدد مخصوص؛ وكذا النبي ﷺ لاَعَنَ بين الزوجين على ذلك العدد، وإذا كان العدد منصوصاً عليه، فالاجتهاد إذا خالف النصَّ باطلٌ.

فالجوابُ: ممنوع لأن[1] اجتهاد القاضي خالف النص، فإنَّ التنصيصَ على عددٍ لا ينفي جواز الأكثر وإقامته مقام الكلِّ، ولا يقتضي الجواز أيضاً، فلم يكن الحكم منصوصاً عليه، بل كان مسكوتاً عنه فكان محل الاجتهاد، وفائدته التنصيص على العدد المذكور والتنبيه على الأصل والأولى، وهذا لا ينفي الجواز.

وأما الثاني: فقد اختلف العلماء فيه أيضاً/ . ١٢٨ب

قال أبو حنيفة ومحمد: الفرقة [الواقعة][2] في اللعان فرقة بتطليقة بائنة، فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتهاد. والتزوج ما داما على حالة اللعان، فإن أكذب الزوج نفسه فجلد الحد، أو أكذبت المرأة نفسها بأن صدقته، جاز النكاح بينهما ويجتمعان.

وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد: هي فرقة بغير طلاق وإنما توجب حرمة مؤبدة، كحرمة الرضاع والمصاهرة، واحتجوا بقول النبيِّ ﷺ **«المُتَلاَعِنَانِ لاَ يَجْتَمِعَانِ أَبَداً»** وهو نصٌّ في الباب.

وكذا رُوِيَ عن جماعةٍ من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ مثل عمر، وعليٍّ وعبد الله بن مسعود، وغيرهم ـ رضي الله عنهم ـ أَنَّهم قالوا: المُتَلاعِنانِ لا يجتمعان أبداً.

ولأبي حنيفة ومحمد ما رُوِيَ أَنَّ رسولَ الله ﷺ لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين امرأته، فقال عويمر: كذبت عليها يَا رَسُولَ الله، إن أمسكتها، فهي طالق ثلاثاً، وفي بعض الروايات: كذبت عليها إن لم أفارقها، فهي طالقٌ ثلاثاً، فصار طلاق الزوج عَقِيب اللعان سنة المتلاعنين؛ لأن عويمر طلق زوجته ثلاثاً بعد اللعان عند رسولِ الله ﷺ فأنفذها عليه رسولُ الله ﷺ فيجب على كلِّ ملاعنٍ أن يُطَلِّق، فإذا امتنع ينوبُ القاضي منابَهُ في التفريق، فيكون طلاقاً كما في العنين؛ ولأن سببَ هذه الفرقة قذف الزوج؛ لأنه يوجب اللعان، واللعان يوجب التفريق، والتفريق يوجب الفرقة، فكانتِ الفرقةُ بهذه الوسائط مُضَافةً إلى القذف

---

(١) في ط: إن.

(٢) سقط من ط.

السابق، وكلُّ فرقة تكون من الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقاً؛ كما في العنين، والخلع، والإيلاء؛ ونحو ذلك.

وهو قول السلف إن كل فرقة وقعت من قبل الزوج فهي طلاقٌ، من نحو: إبراهيم، والحسن، وسعيد بن جبير، وقتادة، وغيرهم - رضي الله عنهم -.

وأما الحديثُ فلا يمكن العمل بحقيقتِهِ؛ لما ذكرنا أنَّ حقيقةَ المتفاعل هو المتشاغل بالفعل؛ وكما فرغا من اللعان ما بقيا متلاعنين حقيقة، فانصرف المرادُ إلى الحكم، وهو أن يكون حكم اللعان فيهما ثابتاً.

فإذا أكذب الزوج نفسه وَحُدَّ حَدَّ القذفِ، بطل حكم اللعان، فلم يبق متلاعناً حقيقةً وحكماً، فجاز اجتماعهما[1].

ونظيره قوله تعالى في قصة أصحاب الكهف: ﴿إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذَنْ أَبَداً﴾ [الكهف: ٢٠] أي: ما داموا في ملتهم؛ ألا ترى أنهم إذا لم يفعلوا أفلحوا[2]؛ فكذا هذا.

وأما الحكم الذي ليس بأصلي للعان، فهو وجوب قطع النسب في أحد نوعي القذف، وهو القذف بالولد؛ لما رُوِيَ أَنَّ رسولَ الله ﷺ لما لاعن بين هلال بن أمية وبين زوجته وفرق بينهما، نفي الوَلَدَ عنه وأَلْحَقَهُ بالمرأة، فصار النفي أحد حكمي اللعان؛ ولأن القذف إذا كان بالولد فغرض الزوج أن ينفي ولداً ليس منه في زعمه فوجب النفي تحقيقاً لغرضه، وإذا كان وجوب نفيه أحد حكمي اللعان، فلا يجب قبل وجوده؛ وعلى هذا قلنا إن القذف إذا لم ينعقد

---

(١) ذهب الجمهور من العلماء أن المتلاعنَيْن لا يتناكحان أبداً، فإن أكذب نفسه جلد الحدّ ولحق به الولد، ولم ترجع إليه أبداً. وعلى هذا السنةُ التي لا شك فيها ولا اختلاف. وذكر ابن المنذر عن عطاء أن الملاعن إذا أكذب نفسه بعد اللعان لم يحدّ، وقال: قد تفرقا بلعنة من الله. وقال أبو حنيفة ومحمد: إذا أكذب نفسه جلد الحدّ ولحق به الولد، وكان خاطباً من الخطاب إن شاء؛ وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وسعيد بن جبير وعبد العزيز بن أبي سلمة، وقالوا: يعود النكاح حلالاً كما لحق به الولد؛ لأنه لا فرق بين شيء من ذلك. وحجة الجماعة قوله عليه السلام: «لا سبيل لك عليها»؛ ولم يقل إلا أن تكذب نفسك. وروى ابن إسحاق وجماعة عن الزهري قال: فمضت السنة أنهما إذا تلاعنا فُرّق بينهما فلا يجتمعان أبداً ورواه الدَّارقُطْنِيّ، ورواه مرفوعاً من حديث سعيد بن جبير عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال: «المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبداً». وروي عن عليّ وعبد الله قالا: مضت السنة ألا يجتمع المتلاعنان. عن عليّ: أبداً.
ينظر: القرطبي (١٢/ ١٢٩).

(٢) في ط: يفلحوا.

موجباً للعان، أو سقط بعد الوجوب ووجب الحد، أو لم يجب، أو لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد - لا ينقطع نسب الولد.

وكذا إذا نفي نسب ولد حرة فصدقته، لا ينقطع نسبه؛ لتعذر اللعان لما فيه من التناقض؛ حيث تشهد بالله إنه لمن الكاذبين، وقد قالت إنه صادق، وإذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب؛ لأنه حكمه، ويكون ابنهما لا يصدقان على نفيه لأن النسبَ قد ثبت، والنسبُ الثابت بالنكاح لا ينقطع إلا باللعان، ولم يوجد، ولا يعتبر تصادقهما على النفي؛ لأن النسب يثبت حقًّا للولد، وفي تصادقهما على النفي إبطالُ حق الولد، وهذا لا يجوز.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان علوق الولد في حالٍ لا لعان بينما فيها، ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان؛ نحو ما إذا علقت وهي كتابيَّةٌ أو أمةٌ، ثم أعتقت الأمة أو أسلمت الكتابيةُ، فولدت، فنفاه، أنه لا ينقطع نسبه؛ لأنه لا تلاعن بينهما لعدم أهلية اللعان وقت العلوق، وقطع النسب حكم اللعان.

ثم لوجود قطع النسب شرائط: منها: التفريق؛ لأن النكاح قبل التفريق قائمٌ، فلا يجب النفي.

ومنها: أن يكون القذف بالنفي بحضرةِ الولادةِ أو بَعْدَها بيوم أو بيومين؛ أو نحو ذلك من مدة توجد فيها لتهنئة أو ابتياع آلات الولادة عادة، فإن نفاه بعد ذلك لا ينتفي، ولم يوقت أبو حنيفة لذلك وقتاً.

وَرُوِيَ عَنْ أبي حنيفة أنه وَقَّتَ له[1] سبعة أيام، وأبو يوسف ومحمدٌ وَقَّتَاهُ بأكثر النفاس وهو أربعون يوماً، واعتبر الشافعيُّ للفورَ فقال: إن نفَاه على الفور انتفى، وإلا لزمه.

وجه قوله أن / ترك النفي على الفور إقرار منه دلالة فكان كالإقرارِ نصًّا. وجه قولهما أَنَّ النفاس أثرُ الولادةِ، فيصح نفي الولد ما دام أثر الولادة. ١٢٩أ

ولأبي حنيفة أن هذا أمر يحتاج إلى التأمل، فلا بد له من زمان التأمل، وأنه يختلفُ باختلافِ الأشخاص والأحوال، فتعذر التوقيت فيه، فَيُحَكِّم فيه العادة من قبول التهنئة، وابتياع آلات الولادة، أو مضي مدة يفعل ذلك فيها عادة، فلا يصح نفيه بعد ذلك؛ وبهذا يبطل اعتبار الفور؛ لأن معنى التأمل والتروي لا يحصل بالفور.

وعلى هذا قالوا في الغائب عن امرأته إذا ولدت ولم يعلم بالولادةِ حتى قدم أو بلغه

---

(١) في أ: لذلك.

الخبرُ وهو غائبٌ، أنه له أن ينفي عند أبي حنيفة في مقدار تهنئة الولد وابتياع آلات الولادة، وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم أو بلوغ الخبر؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصار حال القدوم وبلوغ الخبر؛ كحال الولادة على المذهبين جميعاً.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن قدم قبل الفصال فله أَنْ ينفيه في مقدار مدة النفاس، وإن قدم بعد الفصال، فَلَيْسَ له أن ينفيه، ولم يرو هذا التفصيل عن محمد؛ كذا ذكره القدوري.

ووجهه: أن الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الأَول، فصار كمدة النفاس، وبعد الفصال انتقل عن ذلك الغذاء وخرج عن حال الصغرِ، فلو احتمل النفي بعد ذلك لاحتمل بعدما صار شيخاً، وذلك قبيح.

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أنه إن بلغه الخبر في مدة النفاس فله أن ينفي إلى تمام مدة النفاسِ، وَإِن بلغه الخبر بعد أربعين، فقد رُوِيَ عن أبي يوسف أَنه قال: لَه أَنْ ينفي إِلى تَمام سنتين؛ لأَن لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما، وَلَوْ بَلَغَهُ الخبرُ بعد حَوْلَيْنِ فنفاه، ذُكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف: أَنَّه لا يقطع النسب ويلاعن.

وعن محمد: أنه قال: ينتفي الولد إِذَا نَفَاهُ بَعْدَ بلوغِ الخبرِ إِلى أربعين يوماً.

ومنها: أن لا يسبق النفي عن الزوج ما يكون إِقراراً منه بنسب الولد لا نصًا ولا دلالة، فإِن سبق لا يقطع النسب من الأب؛ لأن النسب بعد الإِقرار به لا يحتمل النفي بوجه؛ لأَنَّه لما أقر به فقد ثبت نسبه، والنسب حقُّ الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفي، فالنصُّ نحو أن يقول: هذا ولدي، أو هذا الولد مني، والدلالة هي: أن يسكت إذا هُنِّيء ولا يرد على المهنيء؛ لأن العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة، فكان السكوت والحالة هذه اعترافاً بنسب الولد، فلا يملك نفيه بعد الاعتراف.

وروى ابن رستم عن محمد أنه إذا هُنيء بولدِ الأمة فسكت، لم يكنِ اعترافاً، وإِن سكت في ولد الزوجة كان اعترافاً، ووجه الفرق أن نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش إِلا أن له غرضية النفي من الزوج، فإِذا سكت عند التهنئة دَلَّ على أنه لا ينفيه، فبطلت الغرضية فتقرر النسب، فأما ولد الأمة فلا يثبت نسبه إِلا بالدعوة ولم توجد، فإِن جاءت بولدين في بطنٍ، فأقرَّ بأحدهما ونفى الآخر، فإِن أقر بالأول ونفى الثاني لاعن ولزمه الولدان جميعاً، أَمَّا لزوم الوَلَدَيْنِ فلأن إِقراره بالأول إِقرارٌ بالثاني، لأَن الحملَ حملٌ واحدٌ، فلا يتصور ثبوت بعض

نسب الحمل دون بعض، كالولد الواحد[١] أنه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض، فإذا نفى الثاني فقد رجع عمَّا أَقَرَّ به، والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه، فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعاً ويلاعن؛ لأَن من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن، وإن كان لا يقطع نسبه، لأَن قطع النسب ليس من لوازم اللعان، بل ينفصل عنه في الجملة.

أَلاَ ترى أنه شرع في المقذوفة بغير ولد، ثم إنما وجب اللعان لأنه لما أقر بالأَول فقد وصف امرأته بالعفةِ، ولمَّا نفى الثاني[٢] فقد وصفها بالزنا، ومن قال لامرأته: أنت عفيفةٌ، ثم قال لها: أنت زانيةٌ، يلاعن.

وإن نفى الأَول وأقر بالثاني حُدَّ، ولا لعان، ويلزمانه جميعاً.

أَمَّا ثبوتُ نسب الولدين فلأن نفي الأول، وإن تضمن نفي الثاني، فالإقرار بالثاني يتضمن الإقرار بالأَول، فيصير مكذباً نفسه، ومن وجب عليه اللعان إذا أكذب نفسه يُحَدُّ، وإذا حُدَّ لا يلاعن لأَنهما لا يجتمعان، ولأَنه لما نفي الأَول فقد قذفها بالزنا، فَلَمَّا أقر بالثاني فقد وصفها بالعفة، ومن قالا لامرأته: أنتِ زانيةٌ، ثم قال لها: أنت عفيفةٌ، يُحَدُّ حَدَّ القذف ولا يلاعن.

ومنها: أَنْ يَكُمنْ الوَلَدُ حَيًا وقت قطع النسب، وهو وقت التفريق، فإِنْ لَمْ يَكُونْ لا يقطع نسبه من / الأب حتى لو جاءت بولدٍ فمات، ثم نفاه الزوج، يلاعن، ويلزمه الولد، لأَن النسبَ يتقرر بالموت، فلا يحتمل الانقطاع، ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفي الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان. ١٢٩ب

وكذلك إذا جاءت بولدين أحدُهما ميتٌ فنفاهما، يلاعن ويلزمه الولدان؛ لما قلنا؛ وكذلك إذا جاءت بولدٍ فنفاه الزوج، ثم مات الولدُ قَبْلَ اللعان، يلاعن الزوج ويلزمه الولد؛ لما قلنا.

وكذا لو جاءت بولدين فنفاهما، ثم ماتا قبل اللعان أو قُتِلا، يلاعن ويلزمه الولدان؛ لأَن النسب بعد الموت لا يحتملُ القطع ويلاعن لما قلنا؛ وكذا لو نفاهما ثم مات أحدُهما قبل اللعان أو فعل لزمه الولدان؛ لأَن نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت؛ فكذا نسب الحيُّ؛ لأَنهما توأمان وَأَمَّا اللعان فقد ذكر الكرخيُّ أنه يلاعن ولم يذكر الخلاف؛ وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي.

وذكر ابْنُ سماعةَ الخلافَ في المسألة، فقال عند أبي يوسف: يَبْطُل اللعان، وعند محمد: لا يبطل.

---

(١) في ط: كالواحد.

(٢) في ط: الولد.

وجه قول محمد: أن اللعان قد وجب بالنفي، فلو بطل إنما يبطلُ لامتناع قطع النسب، وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان؛ لأن قطعَ النسبِ ليس من لوازم اللعان، ولأبي يوسف أن المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف، أعني: القذف بنفي الولد هو نفي الولد، فإذا تعذَّر تحقيق هذا المقصود، لَمْ يَكُنْ في بقاء اللعان فائدة فلا ينفى الولد، وَلَوْ وَلَدَتْ ولداً فنفاه ولاعن الحاكمُ بينهما وفرق، وألزم الولد أمّه، أو لزمها بنفس التفريق، ثم ولدت ولداً أخر من الغدِ، لزمه الولدان جميعاً واللعان ماضٍ؛ لأنه قد ثَبَتَ نسبُ الولدِ الثاني؛ إذ لا يمكن قطعه بما وجد من اللعان؛ لأن حكم اللعان قد بَطَلَ بالفرقة، فيثبت نسب الولد الثاني.

وإن قال الزوج: هما ابناي، لا حد عليه؛ لأنه صادقٌ في إقراره بنسب الولدين؛ لكونهما ثابتي النسب منه شرعاً فإن قيل: أَلَيْسَ أنه أكذب نفسه بقوله: هما ابناي؛ لأنه سبق منه نفي الولد، وَمَنْ نَفَىٰ الولد فلوعن، ثم أكذب نفسه فيقام عليه الحد؛ كما إذا جاءت بولد واحدٍ فقال: هذا الولد ليس مني، فلاعن الحاكم بينهما، ثم قال: هو ابني، فالجوابُ: إن قوله: هما ابناي، يحتملُ الإكذاب، ويحتمل الإخبار عن حكم لزمه شرعاً، وهو وثبوت نسب الولدين، فلا يجعل إكذاباً مع الاحتمال، بل حمله على الإخبَار أولى؛ لأنه لو جعل إكذاباً للزمه الحدّ، ولو جعل إخباراً عَمَّا قلنا لا يلزمه.

وقد قال النبيُّ ﷺ: «**ادْرَؤُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**» وقال: «**ادرؤوا الحُدُودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ**»، حتى لو قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها به من الزنا يُحَدُّ؛ لأنه نصَّ على الإكذاب، فزال الاحتمالُ، وقد قال مشايخنا: إن الإقرار بالولد بعد النفي إنما يكون إكذاباً إذا كان المقر بحالٍ لو لم يقر به للوعن به، إذا كان من أهل اللعان، وهٰهنا لم يوجد؛ لأنه لو لم يقر بهما لم يلاعن بخلافِ الفصلِ الأولِ؛ فإنه لو لم يقر بهما للوعن به، وَعَلَىٰ هَذَا قالوا لو ولدت امرأته ولداً فقال: هو ابني، ثم ولدت آخر فنفاه، ثم أقر به، لا حد عليه؛ لأنه لم يصر مكذباً نفسه بهذا الإقرار، أَلاَ ترى أنه لو لم يقر به لا يلاعن بنفي الولد؛ لثبوت نسب الولدين، ولو قال: ليسا بابني، كانا ابنيه، ولا حد عليه؛ لأنه أعاد القذف الأول وكرره لتقدم القذف منه واللعان، والملاعن إذا كرر القذف لا يجب عليه الحد.

ولو طلق امرأته طلاقاً رجعيًا فجاءت بولدٍ لأقلَّ من سنتين بيوم فنفاه، ثم جاءت بولدٍ بعد سنتين بيومٍ فأقرَّ به، فَقَدْ بانت ولا لعان ولا حد في قولِ أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمدٌ: هذه رجعيةٌ، وعلى الزوج الحدُّ، فنذكر أصلَهما وأصله وتخرج المسألة عليه.

فمن أصلهما: إن الولد الثاني يتبع الولد الأول؛ لأنها جاءت به في مدة يثبت نسبه فيها، وهكذا هو سابقٌ في الولادة، فكان الثاني تابعاً له، فجعل كأنها جاءت بهما لأقلَّ من سنتين، فلا تثبت الرجعة فتبين بالولد الثاني، فتصير أجنبية، فيتعذر اللعان.

وَمن أصله: أن الولد الأول يتبع الثاني؛ لأَن الثانِي حصل من وطء حادث بعد الطلاق بيقين؛ إذ الولد لا يبقى في البطنِ أكثر من سنتين، والأول يحتمل أنه حصل من وطء حادث أيضاً، وإننا نرد المحتمل إلى المحكمِ، فجعل الأول تابعاً للثاني، فصار كأنها ولدتهما بعد سنتين.

والمطلقة طلاقاً رجعيًا إذا جاءت بولدٍ لأكثر من سنتين ثبتت الرجعة؛ لأنه يكون من وطءٍ حادثٍ بعد الطلاق بيقينٍ، فيصير مراجعاً لها بالوطء، فإذا أقر بالثاني بعد نفي الأول فقد أكذب نفسه فيحد، وإن/ كان الطلاق بائناً والمسألة بحالها يُحَدُّ، ويثبت نسب الولدين عندهما، وعند ١٣٠أ محمدٍ لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين؛ لأن من أصهلما أن الولد الثاني يتبع الأول فتجعل كأنها جاءت بهما لأقل من سنتين، فيثبت نسبهما ولا يجب اللعان؛ لزوال الزوجية؛ ويجب الحد لإكذاب نفسه.

ومن أصله: أن الأول يتبع الثاني، وتجعل كأنها جاءت به لأكثر من سنتين والمرأة مبتوتة، والمبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين، لا يثبت نسب الولد ولا يحد قاذفها؛ لأن معها علامة الزنا وهو ولدٌ غيرُ ثابتِ النسب، فلم تكن عفيفةً، فلا يجب الحد على قاذفها.

ومنها: أنْ لا يكون نسب الولد محكوماً بثبوته شرعاً؛ كذا ذكر الكرخي.

فإن كان لا يقطع نسبه فصورته ما روي عن أبي يوسف أَنه قال في رجل جاءت امرأَتُهُ بولدٍ، فنفاه، ولم يلاعن حتى قذفها أجنبيٌّ بالولد الذي جاءت به، فضرب القاضي الأَجنبي الحدَّ، فَإن نسب الولد يثبت من الزوج ويسقط اللعان؛ لأن القاضي لما حد قاذفها بالولد، فقد حكم بكذبه، والحكم بكذبه حكمٌ بثبوت نسب الولد، والنسب المحكوم بثبوته لا يحتمل النفي باللعان كالنسب المقر به، وإنما سقط اللعان لأن الحاكم لما حد قاذفها فقد حكم بإحصانها في عين ما قذفت به، ثم إذا قطع النسب من الأب وأَلحق الولد بالأم، يبقى النسب في حق سائر الأحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها، حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة إليه، ولا يجب القصاص على الأب بقتله؛ ونحو ذلك من الأحكام؛ إلا أنه لا يجري التوارث بينهما، ولا نفقة على الأب لأن النفي باللعان يثبت شرعاً، بخلاف الأصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولوداً على فراشه، وقد قال النبيُّ ﷺ: **«الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»**[1] فلا يظهر في حق سائر الأحكام.

(١) تقدم تخريجه.

فصل فيما يبطل به حكم اللعان

وأما بيان ما يبطل به حكم اللعان، فكلُّ ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق، وهو ما ذكرنا من جنونهما بعد اللعان قبل التفريق أو جنون أحدهما، أو خرسهما أو خرس أحدهما، أو ردتهما أو ردة أحدهما أو صيرورة أحدهما محدوداً في قذف، أو صيرورة المرأة موطوءة وطئاً حراماً وإكذاب أحدهما نفسه حتى لا يفرق الحاكم بينهما، ويكونان على نكاحهما، والأصل أن بقاءهما على حالِ اللعانِ شرط بقاء حكم اللعان، فإن بقيا على حال اللعان بقي حكم اللعان وإلاَّ فلا، وإنَّما كان كذلك لأن اللعان شهادة، ولا بد من بقاء الشاهدة على صفة الشهادة إلى أن يتصل القضاء بشهادته حتى يجب القضاء بها، وقد زالت صفة الشهادة بهذه العوارض، فلا يجوز للقاضي التفريق، ولو لاعنها بالولد ثم قذفها هو أو غيره لا يجب الحد، ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو أو غيره، يجب عليه الحدُّ، والفرق أن اللعان لا يوجب تحقيق الزنا منها، فلا تزول عفتها باللعان، إلا أن في اللعان بالولد قذفها ومعها علامة الزنا، وهو الولد بغير أب، فلم تكن عفيفة؛ فلا يقام الحد على قاذفها، ولم يوجد ذلك في اللعان بغير ولد، فبقيت عفتها، فجيب الحد على قاذفها.

ولو أكذب نفسه بعد اللعان بولد أو بغير ولد، ثم قذفها هو أو غيره، يجب الحد؛ لأنَّ اللعان لا يحقق الزنا والولدُ بلا أب مع الإكذاب لا يكون علامة الزنا، فتكون عفتها قائمةً، فيحد قاذفها، والله ـ عَزَّ وجَلَّ ـ أعلم.

كِتَابُ الرَّضَاعِ[1]

قد ذكرنا في «كتاب النكاح» أن المحرمات نكاحاً على التأبيدِ أنواعٌ ثلاثة: محرمات

(١) هو مصدر: ترضِعَ بكسر الضاد يَرْضَع بفتحها من باب تَعِبَ، أو تضَع بفتح الضاد يَرْضِع بكسرها من باب ضَرَبَ يَضْرِبَ.
قال «في المصبَاحِ»: رضع الصبي رضعاً من باب تعب لُغةُ لأهل «نجد»، ومرضع من باب ضرب لغة لأهل «تهامة» وأهلَ «مكة» يتكلَّمون بها، وعلى هَذَا فهو مصدر سماعي، لا قياسي؛ لأن المصدر القياسي من الباب الأول رَضَعاً بفتح الراء والضاد مع القَصْرِ، والمصدر من الباب الثاني رَضْعاً بسكون الضاد.
وقال جَمْعٌ: إن المصدر من هذه اللُّغة بكسر الضاد، وإنما السكون تخفيف، مثل: الحلف والحلف.
وقال في «المصباح» أيضاً: رضع يرضع بفتحتين رضاعاً ورضاعة لغة ثالثة.
وعلى هذه اللغة هو مصدر قياسي، وإذا أريد وَصْف المرأة به يقال: فرضع ومرضعة بإثبات التاء، وحذفها في آخره.
وقال الفراء: إنْ قصدر حقيقة الوصف بالإرضاع ـ فمرضع بغير تاء، وإن قصد مجازه يعني أنها محلُّ الإرضاع باعتبار ما كان، أو سيكون فبالهاء، وقوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَرَوْنَهَا تذهل كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ﴾ على هذا النحو.
وقد خالف في ذلك الشيخ الشَّرقَاوِيّ حيث عكس المسألة فقال: يقال للمرأة التي لم تباشر الإرْضَاع، وهي ذات ولد: مرضع، بحذف التاء، وللتي باشرته: مرضعة بالتاء.
ففعله يجوز فيه فتح الضَّاد وكسرها، ومصدره يجوز فيه إثبات التاء وحذفها، مع فتح الراء وكسرها، وإبدال ضاده تاءً.
والخُلاَصَةُ من هذا كُلِّه: أن الفعل الماضي من هذه المادة تكسر ضاده وتفتح، والمضارع تفتح ضاده وتكسر، والمصدر منها تفتح راؤه، وهو الأفصح، وتكسر مع فتح الضاد، ويجوز قَلْبُ ضاده تاءٍ، والتاء تحذف في آخره، وقد تثبت، فيقال: رضاع ورضاعة ورتاع ورتاعة، بفتح الراء وكسرها في الجميع، ومعناه لغةً: مَصُّ الثدي، وشرب لَبَنِهِ.
انظر: لسان العرب: ٣/ ١٦٦٠، المصباح المنير: ١/ ٣١٢، المطلع: ٣٥٠.
واصطلاحاً:
عرفه الحنفيّةُ بأنه: مَصُّ لبن آدمية في وقت مخصوص.
وعَرَّفه الشَّافعية بأنه: اسْمٌ لحصول لبن امْرَأَةٍ، أو ما حصل منه في معدة طفل، أو دماغه.
وعَرَّفه المالكية بأنه: وصول لَبَنِ المرأة، وإن كانت ميتة أو صغيرة لم تطق لجوف رضيع، وإن بِسَعُوطٍ أو حقنة تغذي، أو خلط بغيره، إلا أن يغلب عليه في الحولين، أو بزيادة شهرين، إلا أن يستغني ولو فيهما. =

بالقرابة، ومحرمات بالصهرية، ومحرمات بالرضاع، وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في «كتاب النكاح»، وهذا الكتاب وضع لبيانِ المحرمات بالرضاع، والكلام في هذا الكتاب يقع في ثلاثة مواضع:

أحدها: في بيان المحرمات بالرضاع.

والثاني: في بيان صفة الرضاع المحرم.

والثالث: في بيان ما يثبت به الرضاع.

فصل في المحرمات الرضاع

أما الأول فالأصلُ أن كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله ـ عَزَّ

= وعرفه الحنابلة بأنه: مَصُّ لبن مَنْ له دون حَوْلَيْنِ لَبَناً، أو شربه، كالسعوط ثاب من حمل من ثدي امرأة.
انظر: تبيين الحقائق: ٢/ ١٨١، اللباب: ٣١، مغني المحتاج: ٣/ ٣١٤، الشرح الصغير: ٣٢٧، كشف القناع: ٥/ ٤٤٢.

حكمة مشروعية الترحيم الرضاع

حُرِّمَ النكاح بالرضاع لما أشبه اللبن الذي يتغذّى به الرضيع، وتقوم به بِنْيَتُه، وتشيد به أركان المني تمام الشبه في أن كلاً صار جزءاً من الرضيع، كانت الحكمة في تحريم نكاحه هي الحكمة في تحريم النسب، وهي المحافظة على احترامهن، وعدم إهانتهن، ولا يخفي ما يشتمل عليه النكاح من الذل والإهانة، ولهذا قال ﷺ: «النِّكَاحُ رِقٌّ فَلْيَنْظُرْ أَحَدُكُمْ عِنْدَ مَنْ يُرِقُّ كَرِيمتَهُ» ولولا أن الله ـ سبحانه وتعالى ـ أودع في المرأة الشهوة، وجعلها في حاجة إلى الرجل شديدة ـ ما استفرشت أنثى لرجل قط.

وحيث ثبت أن النكاح ذُلٌ وإهانة ـ كان الواجب صَوْنَ ما حرمن عنه، وكيف لا يكون كذلك، وللمرء علاقات بهن توجب احترامهن، وتحريم إهانتهن؟ فللأمهات على الأبناء أعظم أنواع الإنعام التي لا يجهلها أحد، وهل يجوز لمن أنعم عليه أن يقابل هذا الإنعام بالإذلال والامتهان؟ وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان؟ على أن الولد جزء من أصله، ولا يليق بالجزء أن يهين كله، ومن ينتمي إلى هذا الكل من البنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، فإن البنات بضعة من الآباءِ قال ﷺ: «فَاطِمَةُ بِضْعَةٌ مِنِّي» فلا تجوز إهانتهن، لأن إهانة الجزء إهانة للكل، ومنزلة الأخوات كمنزلة الشخص نفسه، وكيف يهين المرء نفسه وشَرُّ الناس من ظَلَمَ نفسه، والعمات في منزلة الآباء، والخالات في منزلة الأمّهات، وبنات الإخوة والأخوات كالبنات.

وأيضاً من حكمة المشروعية تحريم النكاح بالرضاع المحافظة على الأُلفة، والوِفاق بين الزوجين، حتى لا يضيع الولد بينهما، ويتخلى عن الفضائل والكمالات، وذلك لأن الشهوة بينهن ضعيفة جدًّا حتى تكاد تكون معدومة، ولا يخفى أن هذا ينشأ عنه النفور والخلاف، ويبعدهما عن الوفاق والائتلاف، فيكتسب الولد منهما ذلك، فتفوت الحكمة من النكاح التي هي المودة والرحمة بين الزوجين المقتضيين لحياة العمران؛ قال تعالى: ﴿وَمِنْ آياتهِ أَنْ جَعَل لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾.

وجَلَّ ـ في كتابه الكريم نصًا أو دلالةً على ما ذكرنا في «كتاب النكاح» يحرم بسبب الرضاعة[١]، إلا أن الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها، وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها.

---

(١) المحرمات بالرضاع هن المحرمات بالنسب، وهن ينقسمن إلى قسمين، قسم حرمته على التأبيد، وقسم حرمته غير مؤبدة، فالمحرم من النساء على التأبيد سبع بالقرابة، وهن: الأم، وهي كل أنثى ولدتك، أو وَلدت من ولدك، ذكراً كان، أو أنثى، فتدخل أم الأب، وأم الأم. والثاني: البنت، وهي كل من ولدتها أو ولدت من ولدها بوطء حلالٍ في الصورتين، لتخرج بنت الزنا؛ فليست بنتاً، وتدخل بنت ابنك، وبنت بنتك. الثالثة: الأخت، وهي كل أنثى ولدها أبواك، أو أحدهما، والأولى شقيقة، والثانية غير شقيقة. والرابعة: العمة: وهي كل أخت ذكر ولدك أو أخت أب من ولدك، ذكراً كان أو أنثى، فتدخل عمة الأب، وعمة الأم. الخامسة: الخالة وهي كل أخت أنثى ولدتك، أو أخت أمّ من ولدك، ذكراً كان أو أنثى؛ فتدخل خالة الأب، وخالة الأم.

السادسة: بنت الأخ، شقيقاً كان، أو لأب، أو لأم، وسواءٌ كانت مباشرة، وهي البنت حقيقة، وهي التي ولدها، أو مجازاً، وهي التي ولد من ولدها، إن سفلت. السابعة: بنت الأخت، شقيقة كانت، أو لأب، أو لأم، حقيقةً كانت ـ وهي التي ولدتها ـ أو مجازاً، وهي التي ولدت من ولدها، والدليل على تحريمهن قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية.

وأما القسم الثاني الذي حرمته غير مؤبدة ـ فثلاثة، بسبب الجمع، وهن: أخت الزوجة، وعمتها، وخالتها (أما الدليل على تحريم الأولى) ـ فهو قوله تعالى: (وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ) فهذا الدليل صريح في حرمة النكاح حالة الجمع بينهما؛ إذ التقدير: حرم عليكم جمعكم بين الأختين: ﴿أما الدليل على تحريم الثانية والثالثة﴾ ـ فهو ما رواه الترمذي عن النبي ﷺ قال: «لا تُنْكَحُ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِها، وَلاَ العَمَّةُ عَلَى بِنْتِ أَخِيْهَا، وَلاَ المَرْأَةُ عَلَى بنت أخيها ولا المرأة على خَالتها وَلاَ الخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أُخْتِها، وَلاَ الكُبْرَىٰ عَلَى الصُّغْرَى، وَلاَ الصُّغْرَى عَلَى الكُبْرَى». ولأن في الجمع بينهما في النكاح قطيعة رحم، إذ الغالب قيام النزاع بين الزوجة وضرتها. فالمحرمات بالرضاع ينقسمن إلى قمسين: قسم حرمته مؤبدة وهن سبع أيضاً، نظير السبع المحرمات بالنسب، وهن: الأم من الرضاع: وهي كل أنثى أرضعتك، وأمها رضاعاً، أو نسباً، وكذا أم أبيها، وإن علت، وأم صاحب اللبن نسباً، أو رضاعاً، فجميعهن أمهات للرضيع، إلا أن الأولى أم بغير واسطة، والباقيات أم بواسطة، وإطلاق الأم عليهن حقيقةً، أو مجازاً خلاف في ذلك والثانية: البنت من الرضاع، وهي كل أنثى أرضعتْها من كنتَ سبباً في إيجاد لبنها بوطءِ حلال، أو كنت أباً لمن أرضعَها، أو لصاحب اللبن نسباً، أو رضاعاً، فهي بنت، وإن سفلت. وقولنا: بوطءِ حلال، لتدخل الموطوءة بشبهَة، إذا أرضعت بلبنها طفلة، ولتخرج الموطوءة بزناً فبنتها فيها خلاف هل تكون بنتاً له، أم لا؟ فعلى الأول ـ وهو ضعيف ـ لا تحل له، وعلى الثاني: تحل، لكن مع الكراهة، وكذا بنت ابنك، وإن سفل نسباً أو رضاعاً؛ فالجميع بناتك، إلا أن الأولى بنت بغير واسطة، والباقيات بواسطة، وإطلاق البنت عليهن حقيقةً أو مجازاً فيه الخلاف. الثالثة: الأخت من الرضاع، هي كل أنثى ارتضعت بلبن أحد أبويك، أو بلبنهما نسباً أو رضاعاً، فتدخل الشقيقة وغيرها، فلو ارتضع طفل من إحدى في زوجتين لرجل رضعتين، ومن الأخرى ثلاثاً، وكان لذلك الزوج بنت من إحداهما ـ فهي أخت له من الأب، ولو ارتضع من امرأة غير متزوجة، وكانت بكراً، ثم تزوجت، فأعقبت بنتاً فهي أخت من الأم، فجميعهن إخوتك تقدم رضاعهن عنك أو تأخره. =

أما تفسير الحرمةِ في جانب المرضعة، فهو أن المرضعة تحرم على المرضع؛ لأنها صارت أمًّا له بالرضاع، فتحرم عليه، لقوله ـ عَزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّلاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] معطوفاً على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فسمى ـ سبحانه وتعالى ـ المرضعَة أمَّ المرضع، وحرمها عليه، وكذا بناتها يحرمن عليه، سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن؛ من تقدم منهن ومن تأخر، لأنهن أخواته من الرضاعة، وقد قال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ ﴿وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]/ أثبت الله تعالى الأخوَّة بين بنات المرضعة وبين المرضع، والحرمة بينهما مطلقاً من غير فصل بين أخت وأخت، وكذا ١٣٠ب

= الرابعة: العمة، وهي كل أنثى أخت لمن ارتضعت بلبنه، نسباً، أو رضاعاً، وكذا أخت أبيه، فالأولى عمة بغير واسطة، والثانية عمة بواسطة، وسواء، في ذلك الشقيقة وغيرها، وكذا أخت أبي من ارتضعت بلبنها.

الخامسة: الخالة من الرضاع، وهي كل أنثى أخت لمن أرضعَتْكَ، أو أخت لأمها، أو أخت لأم صاحب اللبن، نسباً، أو رضاعاً، وسواءٌ الشقيقة وغيرها، فالجميع خالات.

السادسة: بنت الأخ، وهي كل أنثى بنت أخيك من الرضاع، شقيقاً كان أو غير شقيق، وسواء كانت بنته نسباً، أو رضاعاً، وإن سفلت.

السابعة: بنت الأخت من الرضاع، وهي كل أنثى بنت لمن ولدها، أو أرضعها أحد أبويك رضاعاً، وكذا كل أنثى بنت ابن أختك، إلا أن الأولى بغير واسطة، والباقيات بواسطة.

والدليل على تحريم نكاح من ذكر في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾.

وقسم حرمته غير مؤبدة، وهو ثلاثة أفراد، وسبب التحريم فيها الجمع بين الزوجة وأختها وعمتها، أو بينها وبين خالتها من الرضاع في الصورتين، ودليل ذلك قوله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها...» الخ وقوله تعالى: ﴿وأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ دليل على تحريم الجمع بين الأختين من الرضاع، وأربع يحرمن بالمصاهرة، ويحرمن أيضاً بالرضاع، أولها: زوجة الأب، وزوجة الابن، وأم الزوجة، إن عقد على بنتها، وبنت الزوجة إن دخل أمها، والدليل على تحريم الأولى قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ إذ المراد آباءُ النسب، وآباءُ الرضاع.

والدليل على تحريم الثانية قوله تعالى ﴿وَحَلاَئِل أَبْنَائِكُمْ الَّذِيْنَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ﴾ والتقييد بالأَصلاب ليس لنفي ولد الرضاع، وإنما لنفي المتبني، يشهد لذلك سبب نزول الآية الواردة في شأن تزوج النبي ﷺ ـ زينب بنت جحش، فهي كانت زوجة لزيد المتبني، وما فعل النبي ﷺ ذلك إلا لأن ينتزع من العرب العادة المستأصلة في نفوسهم من تحريم النكاح بزوجة المتبني، ودليل تحريم الثالثة قوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسائِكُمْ﴾ إذ المراد: أمهاتهن، نسباً أو رضاعاً، ودليل تحريم الرابعة قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمْ اللاَّتِي في حجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاتي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾، سواءٌ كانت بنتاً لها، نسباً، أو رضاعاً. يشهد لكل ذلك قوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»، وإطْلاق الآيات المتقدمة، فلا فرق في التحريم فيها بين النسب والرضاع.

ينظر: أحكام الرضاع لشيخنا محمد العدوي.

بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن؛ لأنهن بناتُ أخِ المرضع وأخته من الرضاعة، وهن يحرمن من النسب كذا من الرضاعة.

ولو أرضعت امرأةٌ صغيرين من أولاد الأَجانب صَارَا أخوين؛ لكونهما من أولاد المرضعة، فلا يجوز المناكحة بينهما إذا كان أحدهما أنثى، والأصلُ في ذلك أن كلَّ اثنينِ اجتمعا على ثدي واحدٍ صارا أخوين أو أختين أو أخاً وأختاً من الرضاعة، فلا يجوز لأحدِهما أَنْ يتزوج بالآخر ولا بولده؛ كما في النسب، وأمهات المرضعة يحرمن على المرضع؛ لأنهن جداتُهُ من قِبَلِ أمه من الرضاعة، وآباء المرضعة أجداد المرضع من الرضاعة، فيحرم عليهم كما في النسب، وأخوات المرضعة يحرمن على المرضع؛ لأنهن خالاته من الرضاعة، وأخواتها أخوال المرضع، فيحرم عليهم كما في النسب، فأما بنات أخوة المرضعة وأخواتها، فلا يحرمن على المرضع لأنهن بنات أخواله وخالاته في الرضاعة وأنهن لا يحرمن من النسب؛ فكذا من الرضاعة، وتحرم المرضعة على أبناء المرضع وأبناء أبنائه وإن سفلوا؛ كما في النسب، هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة.

والأصلُ في هذه الجملة قولُ النبيِّ ﷺ: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ**»[1]

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٠١) كتاب الرضاع: باب رضاعة الصغير حديث (١) والبخاري (٥/ ٣٠٠) كتاب الشهادات: باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض حديث (٢٦٤٤) ومسلم (٢/ ١٠٦) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة حديث (٢/ ١٤٤٤) والنسائي (٦/ ١٠٢ ـ ١٠٣) كتاب النكاح: باب لبن الفحل والدارمي (٢/ ١٥٥ ـ ١٥٦) كتاب النكاح: باب ما يحرم من الرضاع وعبد الرزاق (٧/ ٤٧٦) رقم (١٣٩٥٢) وأحمد(٦/ ١٧٨) وابن الجارود (٦٨٧) وأبو يعلى (٧/ ٣٣٨) رقم (٤٣٧٤) والبيهقي (٧/ ١٥٩) كتاب النكاح: باب ما يحرم من نكاح القرابة والرضاع.... كلاهما من طريق عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» وله لفظ آخر مطولاً.

وللحديث طريق آخر عن عائشة.

أخرجه مالك (٢/ ٦٠٧) كتاب الرضاع: باب جامع ما جاء في الرضاعة حديث (١٥) والشافعي (٢/ ١٩ـ ٢٠) كتاب النكاح: باب ما جاء في الرضاع حديث (٥٩) وعبد الرزاق (٧/ ٤٧٧) رقم (١٣٩٥٤) وأحمد (٦/ ٤٤، ٥١) وأبو داود (٢/ ٥٤٥ ـ ٥٤٦) كتاب النكاح: باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب حديث (٢٠٥٥) والترمذي (٣/ ٤٥٣) كتاب الرضاع: باب ما جاء يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب حديث (١١٤٧) وابن ماجه (١/ ٦٢٣) كتاب النكاح: باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب حديث (١٩٣٧) والنسائي (٦/ ٩٩) والدارمي (٢/ ١٥٦) كتاب النكاح: باب ما يحرم من الرضاع وسعيد بن منصور (١/ ٢٧٣) رقم (٩٥٣) وابن حبان (٤٢٠٩ ـ الإحسان) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٦) رقم (٣٠٤) والبيهقي (٧/ ١٥٩) كتاب النكاح: باب ما يحرم من نكاح القرابة والرضاع والخطيب في «تاريخ بغداد» (٦/ ٣٣٣) من طرق عن عروة عن عائشة مرفوعاً بلفظ يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

وقال الترمذي: حسن صحيح.

فيجب العمل بعمومه إلا ما خص[١] بدليل.

وأما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبنٌ، فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ.

وَرُوِيَ عَنْ رافع بن خُديج ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «لاَ تَثْبُتُ» وهو قولُ: سعيد بن المسيب، وعطاء بن يسار، وبشر المريسِي، ومالك، وهي المسألة الملقبة عند الفقهاء بـ«لبن الفحل» أنه هل يُحَرِّمُ أو لا، وتفسيرُ تحريمِ «لبن الفحل» أن المُرْضَعَةَ تحرم على زوج المُرْضَعَةِ لأنها بنته من الرضاع، وكذا على أبنائه الذين من غير المرضعة؛ لأنهم أخواتها لأبٍ من الرضاعة؛ وكذا على ابناء ابنائه وابناء بناته من غير المرضعة؛ لأنهم ابناء إخوة المرضعة وأخواتها لأب من الرضاعة.

وعلى هذا إذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه، وأرضعت كُلُّ واحدة منهما صغيراً أجنبياً، فقد صارا أخوين لأبٍ من الرضاعة، فإن كان أحدهُما أنثى، فلا يجوز النكاح بينهما؛ لأن الزوجَ أخوها لأبيها من الرضاعة، وإن كانا اثنين لا يجوز لرجلٍ أن يجمع بينهما؛ لأنهما أختان لأب من الرضاعة، وتحرم على آباء زوج المرضعة؛ لأنهم أجدادها من قِبَلِ الأب من الرضاعة؛ وكذا على إخوته لأنهم أعمامها من الرضاعة، وأخواته عمات المرضع فيحرمن عليه، وأمَّا أولاد إخوته وأخواته، فلا تحرم المناكحة بينهم؛ لأنهم أولاد الأعمام والعمات، ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع.

هذا تفسيرُ لَبَنِ الفحلِ: احتج مَنْ قال إنه لا يُحَرِّم بأن الله ـ عزَّ وجلَّ ـ بين الحرمة في جانب المرضعة، ولم يبين في جانب الزوج بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ولو كانت الحرمةُ ثابتةً في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ولأن المُحَرِّمْ هو الإرضاع، وأنه وجد منها لا منه، فصارت بنتاً لها لا له.

---

(١) قد جعل الفقهاء قوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» قاعدة، واستثنى بعضهم من هذه القاعدة مسائل كثيرة:
منها: مرضعة الأخ، والأخت، فإنها لا تحرم بالرضاع، وتحرم إن كانت من النسب، لأنها أم، أو زوجة أب.
ومنها: مرضعة النافلة «ولد الولد» ولو كانت من النسب ـ لحرمت؛ لأنها بنت، أو زوجة ابن، وغير ذلك من المسائل.
والجمهور على عدم الاستثناء، لأنهن إنما حرمن في النسب، لمعنى آخر لم يوجد فيهن في الرضاع.

والدليلُ عليه أنه لو نزل للزوج لبنٌ، فارتضعت منه صغيرة، لم تحرم عليه، فإذا لم تثبت الحرمة بلبنه، فكيف تثبت بلبن غيره.

ولنا الحديثُ المشهورُ، وهو قولُ النبيِّ ﷺ: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ**».

وَرُوِيَ أن عائشةَ - رضي الله عنها - قالت: جَاءَ عَمي من الرَّضاعةِ فاستأذن عليَّ، فأبيت أن آذن له حتى اسْتَأْذِنَ[1] رسولَ الله ﷺ فسألته عن ذلك، فقال ﷺ: «**إنمَّا هُوَ عَمُّكِ، فَأْذنِي لَهُ**» فقلتُ: يا رسولَ الله إنما أرضعتني المرأةُ، ولم يرضعني الرجلُ، فقال رسولُ الله ﷺ: «**إِنَّهُ عَمُّكِ، فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ**»[2] قالت عائشةُ - رضي الله عنها - وكان ذلك بعد أن ضُرب علينا

---

(١) في أ: أسأل.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ٣٣٨) كتاب النكاح - باب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع - حديث (٥٢٣٩) ومسلم (٢/ ١٠٧٠) كتاب الرضاع - باب ما يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة. حديث (٧/ ١٤٤٥) ومالك (٢/ ٦٠١) كتاب الرضاع - باب رضاعة الصغير - حديث (٢) وأحمد (٦/ ٣٨) والدارمي (٢/ ١٥٦) كتاب النكاح - باب ما يحرم من الرضاع، وأبو داود (٢/ ٥٤٧) كتاب النكاح - باب في لبن الفحل - حديث (٢٠٥٧) والترمذي (٣/ ٤٥٣ - ٤٥٤) كتاب الرضاع، باب ما جاء في لبن الفحل - حديث (١١٤٨) والنسائي (٦/ ١٠٣) كتاب النكاح - باب لبن الفحل. وابن ماجه (١/ ٦٢٧) كتاب النكاح - باب لبن الفحل - حديث (١٩٤٩) وابن الجارود ص (٢٣٢) كتاب النكاح - حديث (٦٩٢) والحميدي (١/ ١١٣) رقم (٢٣٠) وعبد الرزاق (٧/ ٤٧٢) رقم (١٣٩٣٨) وسعيد بن منصور (١/ ٢٧٣) رقم (٩٥١) وأبو يعلى (٧/ ٤٧٥) رقم (٤٥٠١) وابن حبان (٤٢٠٦، ٤٢٠٧ - الإحسان) والطبراني في «المعجم الصغير» (١/ ٨٨ - ٨٩) والدارقطني (٤/ ١٧٧ - ١٧٨) والبيهقي (٧/ ٤٥٢) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة وأن لبن الفحل يحرم من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: جاء عمي بعد ما ضرب الحجاب يستأذن علي فلم آذن له فجاء النبي ﷺ فسألته فقال: ائذني له فإنه عمك قلت: إن ما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل قال: تربت يمينك ائذني له فإنه عمك.

وأخرجه مالك (٢/ ٦٠١ - ٦٠٢) كتاب الرضاع: باب رضاعة الصغير حديث (٣) والبخاري (٨/ ٣٩٢) كتاب التفسير: باب إن تبدوا شيئاً أو تخفوه... حديث (٤٧٩٦) ومسلم (٢/ ١٠٧٠) كتاب الرضاع: باب ما يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة حديث (٦/ ١٤٤٥) والنسائي (٦/ ١٠٣) كتاب النكاح: باب لبن الفحل وابن ماجه (١/ ٦٢٧) كتاب النكاح: باب لبن الفحل حديث (١٩٤٨) والحميدي (١/ ١١٣) رقم (٢٢٩) وعبد الرزاق (٧/ ٤٧٢) رقم (١٣٩٣٧) وسعيد بن منصور (١/ ٢٧٣) رقم (٩٥١) وابن الجارود (٦٩٢) والدارقطني (٤/ ١٧٨) والبيهقي (٧/ ٤٥٢) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة كلهم من طريق الزهري عن عروة عن عائشة به وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٧١) كتاب الرضاع: باب ما يحرم من الرضاعة وما يحرم من الولادة حديث (٨/ ١٤٤٥) والنسائي (٦/ ١٠٣) كتاب النكاح: باب لبن الفحل وعبد الرزاق (٧/ ٤٧٣) رقم (١٣٩٣٩) من طريق عطاء بن أبي رباح عن عروة بن الزبير عن عائشة.

وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٧١) كتاب الرضاع: باب ما يحرم من الرضاعة وما يحرم من الولادة حديث =

الحجابُ، أي: بعد أمر الله ـ عزَّ وجلَّ ـ النساءَ بالحجاب عن الأجانب، وقيل كان الداخل عليها أفلحُ أخا أبي القعيس، وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها.

وعن عمرة أن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أخبرتها أن رسولَ الله ﷺ كان عندها وأنها سمعت صَوْتَ رَجُلٍ يَسْتَأْذِنُ في بيتِ حفصة.

قالت عائشة: فقلتُ يا رسولَ الله، هذا رجلٌ يستأذنُ في بَيْتِكَ، فقال: **«أَرَاهُ فُلاناً لِعمِّ، حفصةَ مِنَ الرضاعة»** فقلت: يا رَسُولَ الله، لو كان فلاناً حَيّاً ـ لعمي من الرضاعة ـ أكان يَدْخُلُ عليَّ، فقال: **«نَعَمْ، إنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلاَدَةُ»**[1].

وعن عليٍّ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: لا تَنْكِحْ مَنْ أرضعته امرأة أبيك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك[2].

١٣١أ وعن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ/ أنه سُئل عن رجلٍ له امرأتان، أو جاريةٌ وامرأةٌ، فأرضعتْ هذه غلاماً وهذه جاريةً، هل يصلُحُ للغلام أن يتزوَّجَ الجارية؟ فقال ـ رضي الله عنه ـ: لاَ، اللِّقاحُ وَاحِدٌ[3]. بين الحكم وأشار إلى المعنى، وهو اتحاد اللِّقاح؛ ولأن المحرم هو اللَّبن، وسبب اللَّبن هو ماء الرجل والمرأة جميعاً، فيجب أن يكون الرضاع منهما جميعاً؛ كما كان الولد لهما جميعاً[4].

= (٩/ ١٤٤٥) والنسائي (٦/ ١٠٤) كتاب النكاح: باب لبن الفحل والبيهقي (٧/ ٤٥٢) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة من طريق عراك بن مالك عن عروة بن الزبير عن عائشة.
وأخرجه النسائي (٦/ ١٠٣) كتاب النكاح: باب لبن الفحل من طريق وهب بن كيسان عن عروة عن عائشة.
ومن الطرق السابقة يتبين أنه رواه عن عروة جماعة وهم هشام بن عروة والزهري وعطاء بن أبي رباح وعراك بن مالك ووهب بن كيسان.
وللحديث طريق آخر عن عائشة.
أخرجه (١/ ٣٠٨ ـ منحة) رقم (١٥٧٠) من طريق عباد بن منصور عن القاسم عن عائشة به.

(١) تقدم تخريجه وينظر حديث يحرم من الرضاعة.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٣) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة.

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٦٠٢ ـ ٦٠٣) كتاب الرضاع باب رضاعة الصغير حديث (٥) ومن طريقه الترمذي (٣/ ٤٤٥) كتاب الرضاع: باب لبن الفحل حديث (١١٤٩) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٣) كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة.

(٤) قلت اللبن تابع: لنسبة الولد الذي كان من أجله اللبن، سواء كان الولد من نكاح، أو ملك يمين، أو وطء شبهة، وقد اصطلح الفقهاء على تسمية الرجل الذي تسبَّب في الولد المنسوب إليه فحلاً، أما من لم ينسب إليه الولد، كالزاني ـ فلا يسمى فحلاً، ولا يصير أباً للرضيع؛ لأن ولد النسب قد نفي عنه، فأولى أن ينفي عنه ولد الرضاع، وتصير المرضعة أمه، فتثبت أمومة بدون أبوه، فعلم من هذا أن اللبن كما =

....

= ينسب للمرأة، فيحرم عليها الرضيع، كذلك ينسب لمن كان اللبن بسببه، فيحرم عليه أيضاً. قال الشافعي - رضي الله تعالى عنه -: «اللبن للرجل والمرأة، كما أن الولد لهما، والمرتضع لذلك اللبن ولدهما».
الصحيح أن الحرمة كما تتعلق بالمرضعة وأصولها وفروعها وحواشيها، تتعلق أيضاً بالفحل، وتنتشر منه إلى من ذكر، وإلى هذا ذهب إمامنا الشافعي - رضي الله تعالى عنه - وهو قول الأكثر، وبه قال من الصحابة سيدنا علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - وسيدنا ابن عباس، وسيدتنا عائشة - رضي الله تعالى عنهم - ومن التابعين عطاء، وطاوس، ومجاهد، ومن الفقهاء سيدنا أبو حنيفة، ومالك، وأحمد، والليث بن سعد، والأوزاعي، وإسحاق - رضوان الله تعالى عليهم أجمعين -.
وقيل: إن الحرمة لا تتعلق بالفحل، ولا تنتشر منه إلى من تقدم، فيجوز أن ينكح المرتضعة بلبن، ولولده من غير المرضعة؛ وبه قال من الصحابة سيدنا عبد الله بن عمر، وابن الزبير، ونقله المازري عن سيدتنا عائشة، وسيدنا رافع بن خريج، ومن التابعين سعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، وأبو سلمة بن عبد الرحمٰن، ومن الفقهاء النخعي، وربيعة، وابن أبي عبد الرحمٰن، وحماد بن سليمان، وداود بن علي - رضي الله تعالى عنهم أجمعين -.
واستدل إمامنا الشافعي - رضي الله تعالى عنه - ومن وافقه بالكتاب والسنة: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ وجه الدلالة أن الله - سبحانه وتعالى - بعد أن بين ما يحرم بالنسب ذكر ما يحرم بالرضاع بقوله: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ ولم يبين ما ذكره في النسب اكتفاء بعدهن في النسب، فنبه بذكر الأم على البنت، وبذكر الأخت على الباقي.
ومن الباقي العمة، ولا شك أن انتماءها للرضيع، إنما هو من جهة صاحب اللبن. وقيل في وجه الدلالة أيضاً: إن الآية عامة، فتتناول الأخوات التي ذكرن فيها الأخوات من الأب والأم والأخوات من الأب فقط، والسنة قد بينت المراد من هذا العموم، ولا شك أن انتساب الأخت للأب إنما هو بطريق ذي اللبن، وعلى هذا يكون قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ عامًّا مراداً به الخصوص.
وأما السنة: فما رواه مسلم قال: «أخبرنا مالك، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عمرة أن عائشة - رضي الله عنها - زوج النبي ﷺ أخبرتها أن النبي ﷺ كان عندها، وأنها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة، قالت عائشة: فقلت: يا رسول الله، هذا رجل يستأذن في بيتك، فقال رسول الله ﷺ: أراه فلاناً لعم حفصة من الرضاع، فقلت: يا رسول الله لو كان فلان - لعمها من الرضاع - حيًّا يدخل عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: «نَعَمْ، إِنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلَادَةُ».
وأيضاً ما رواه هشام بن عروة، عن أبيها عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: دخل علي أفلح أخو أبي القعيس بعد ما نزلت آية الحجاب، فاستترت منه، فقال: تستترين مني وأنا عمك؟ فقالت: من أين؟ قال أرضعتك امرأة أخي، فقالت: إنما أرضعتني المرأة، ولم يرضعني الرجل. فدخل عليَّ رسول الله ﷺ وحدثته، فقال: «إِنَّ عَمُّكِ فَلْيَلِجُ عَلَيْكِ» وفي رواية «تَرِبَتْ يَدَاكِ» أو «يَمِينُكِ».
فهذان الحديثان يدلان على أن عمَّ المرضعة محرم لها، ليس واجباً عليها أن تحتجب عنه، ويجوز خلوته بها، ونظره إليها والعمومة إنما ثبتت من طريق صاحب اللبن. قال الشافعي: «وفي نفس السنة أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» وغير ذلك من الأحاديث الصريحة في تحريم ذي اللبن.
واستدل المخالفون بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ حيث ذكر الأمهات والأخوات دون العمات، حتى يقال: إن تحريم الفحل جاء من تحريم العمة: وأيضاً الرضاعة =

....

= التي علمت من الآية إنما هي رضاعة الأم، إذ لا يتصور من الفحل الإرضاع: وقال تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ فقد ثبت أن ما رواه من ذكر حلال، ومنه العمة، والأخت لأب، ولو ثبت التحريم بالسنة - لكانت ناسخة للقرآن.

وأجيب بما علمنا من أن السنة بينت المراد بالعام، وخصصته، والتخصيص ليس بنسخ. وقد ادعوا في ذلك الإجماع، وهو ما روي أن عبد الله بن الزبير خطب زينب بنت أبي سلمة من أمها، أم سلمة لأخيه حمزة بن الزبير، فقالت: كيف أزوجها له، وهو أخوها من الرضاعة؟: فقال عبد الله بن الزبير: ذلك لو أرضعتها الكلبية، وذلك أن عبد الله بن الزبير أمه أسماء بنت أبي بكر، وحمزة بن الزبير أمه الكلبية، وكانت أسماء قد أرضعت زينب بنت أبي سلمة، فصارت زينب أختاً لعبد الله من أبيه وأمه، وأختاً لحمزة من أبيه، دون أمه؛ فجعلها عبد الله أختاً لنفسه، ولم يجعلها أختاً لأخيه حمزة، ولا جعل اللبن للزبير، فسألوا، وذلك في أيام الحيرة، فأباحوها له، وقالوا: لبن الفحل لا يحرم، فزوجت به، وكانت عنده إلى أن مات؛ فصار إجماعاً.

وفي رواية أخرى: أخرج الشافعي، عن زينب بنت أم سلمة أنها قالت: «كان الزبير يدخل عليّ، وأنا امتشط، أرى أنه أبي، وأن ولده إخوتي، لأن امرأته أسماء أرضعتني، فلما كان بعد الحيرة أرسل إليّ عبد الله بن الزبير، يخطب ابنتي أم كلثوم على أخيه حمزة بن الزبير، وكان للكلبية، فقلت: وهل تحل له؟ فقال: إنه ليس لك بأخ، إنما إخوتك من ولدت أسماء، دون من ولد الزبير من غيرها. قال: فأرسلت، وسألت، والصحابة متوافرون، وأمهات المؤمنين، فقالوا: إن الرضاع لا يحرم شيئاً من قبل الرجل».

واستدلوا أيضاً بقولهم: لو كان اللبن لهما - لكانت أجرة الرضاع بينهما، لكن التالي باطل، لاختصاص المرضعة بها، فبطل ما أدى إليه، فثبت أن اللبن للمرضعة دون الفحل.

والجواب عن هذه الشبه: أما عن الآية - فقد علم أن السنة الصحيحة مبينة للعموم فيها: وأما عن الإجماع - فأجيب بمنع ثبوته، لمخالفة سيدنا علي، وابن عباس - رضي الله تعالى عنهما -. سلمنا ثبوته، ولكنه إجماع سكوتي، وهو لا يكفي في المسائل الاجتهادية، ومن أفتى بالحل غير معلوم؛ فلعلهم لم تبلغهم السنة الصحيحة، ولم تكن الصحابة متوافرين بالمدينة، بل كان معظمهم وأكابرهم في الشام والعراق ومصر. وأما عم سيدتنا عائشة - رضي الله تعالى عنها - بخلاف روايتها، فلعلها عدلت عنه، إذ روي أنها كانت تفتي بأن لبن الفحل يحرم.

وأما الجواب عن قولهم: إن اللبن للمرضعة لا للفحل، لأخذها أجرة الرضاع - فنقول: إن أصحاب الشافعي - رضي الله عنهم - قد اختلفوا في الأجرة التي تأخذها المرضعة، فقيل: إنها للحضانة، والرضاع تبع، وعلى هذا؛ فيسقط الاستدلال: وقيل: الأجرة للإرضاع، لا للبن، لجهالته، وقيل: إنها ثمن اللبن، ولكن المرضعة أحق بها، وإن اشتركا فيه، لأنها هي المباشرة للإرضاع.

ونظير هذا ما لو اشتركا في حفر بئر؛ فاستقى أحدهما؛ فإنه أحق بما أخذه من الماء؛ لمباشرته. وبالجملة فالسنة صريحة في أن لبن الفحل يحرم؛ فهي أحق بالاتباع، ولا نظر لمخالفة من لم تبلغه، ولو تركت السنة، لمخالفة البعض - لترك كثير من الحج. والله تعالى أعلم.

ينظر: الرضاع لشيخنا قاسم محمد العبدي.

وأما قولهم إن الله ـ تعالى ـ بين الحرمة في جانب المرضعةِ، لا في جانب زَوْجِهَا، فنقول إنْ لم يبينها نصاً فقد بينها دلالةً، وهذا لأنَّ البيانَ من الله ـ تعالى ـ بطريقين: بيانُ إحاطةٍ، وبيانُ كفايةٍ، فبيَّن في النسب بيانَ إحاطةٍ، وبيَّن في الرضاع بيان كفاية؛ تسليطاً للمجتهدين على الاجتهادِ، والاستدلالُ بالمنصوصِ عليه على غيره، وهو أنَّ الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعاً، فكان الرضاع منهما جميعاً، وهذا لأن اللبن إنما يوجب الحرمة لأجل الجزئيةِ والبعضية؛ لأنه ينبت اللحم وينشر العظم؛ على ما نطق به الحديث، ولما كان سببُ حصول اللبن ونزوله ماءهما جميعاً، وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم، يقام سبب الجزئية مقامَ حقيقةِ الجزئية في باب الحرمات احتياطاً، والسبب يُقام مقامَ المسببِ خصوصاً في باب الحرمات أيضاً.

ألاَ ترى أن المرأة تحرم على جدِّها كما تحرم على أبيها، وإن لم يكن تحريمها على جدِّها منصوصاً عليه في الكتاب العزيز، لكن لما كان مبيناً بيان كفاية؛ وهو أن البنت وإن حدثت من ماء الأب حقيقةً دونَ ماءِ الجدِّ، لكن الجد سبب ماء الأب ـ أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة احتياطاً؛ كذا هٰهنا.

والدليل عليه أنه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصًا لم يذكر بنات الأخوة والأخوات من الرضاعة نصًا؛ وإنما ذكر الأخوات ثم ذكر لبنات الإخوة والأخوات دلالة حتى حرمن بالإجماع؛ كذا هٰهنا، على أنه إن لم يبين بوحي متلو فقد بَيَّنَ بوحيٍّ غير متلو على لسانِ رسولِ الله بقوله: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ**» وقد خرج الجواب عن قولِهم: إن الإرضاع وجد منها؛ لما ذكرنا أنه وجد منهما لأن سبب حصول اللبن ماؤهما جميعاً، فكان الإرضاع منهما جميعاً.

وأما الزوجُ إذا نزل له لبنٌ فارتضعتْ به صغيرةٌ فذاك لا يسمى رضاعاً عرفاً وعادةً، ومعنى الرضاع أيضاً لا يحصل به، وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء؛ لأنه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ثم إنما ثبتت الحرمة من جانب الزوج إذا كان لها زوج، فأمَّا إذا لم يكن لها زوجٌ بأنْ ولدت من الزنا فنزل لها لبنٌ فأرضعت به صبياً فالرضاع يكون منها خاصَّةً، لا من الزاني؛ لأن نسبه يثبت منها لا من الزاني.

والأصلُ أن كل مَنْ يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع، ومن لا يثبت من النسب لا يثبت منه الرضاع؛ وكذا البكر إذا نزل لها لبنٌ، وهي لم تتزوج قِطُّ، فالرضاع يكون منها خاصَّةً، والله الموفق.

وكذا كلُّ من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الأربع[1] الذين وصفناهم في «كتاب النكاح» يحرم بسبب الرضاع؛ فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من زوج آخر من الرضاع؛ كما في النسب؛ إلا أن الأم تَحرم بنفس العقد على البنت إذا كان صحيحاً، والبنت لا تحرم إلاَّ بالدخول بالأم كما في النسب؛ وكذا جدات زوجته من أبيها وأمِّها، وإن علون، أو بنات بناتها وبنات أبنائها وإن سفلن؛ من الرضاع كما في النسب؛ وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وإن سفل ـ على أب الرضاع وأب أبيه، وإن علا؛ كما في النسب، وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه، وإن علا ـ على ابن الرضاع وابن ابنه وإن سفل كما في النسب؛ وكذا يحرم بالوطء أم الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطىء.

وكذا جداتها وبنات بناتها؛ كما في النسب، وتحرم الموطوءة على أب الواطىء وابنه من الرضاع.

وكذا على أجداده وإن علوا، وعلى أبناء أبنائه وإن سفلوا؛ كما في النسب، سواء كان الوطء حلالاً؛ بأنْ كان بملك اليمين أو الوطءِ بنكاح فاسدٍ أو شبهة نكاح، أو كان بزنا عندنا، وعند الشافعي الزنا لا يوجبُ حرمةَ المصاهرةِ، فلا يوجب حرمة الرضاع، والمسألة قد مَرَّتْ في «كتاب النكاح».

ثم قولُ النبي ﷺ: **«يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»** يجري على عمومه إلا في مسألتين:

إحداهما: أنه لا يجوزُ للرجلِ أن يتزوَّج بأختِ ابنه من النسب لأمه، وهو أن يكون لابنه أخت لأمه من النسب من زوج آخر كان لها، ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع، وهو أن يكون لابنه من الرضاع أختٌ من النسب لم ترضعها امرأتُهُ؛ لأن المانعَ من الجواز في النسب كون أمِّ الأخت موطوءة الزوج؛ لأن أمها/ إذا كانت موطوءة كانت هي بنت الموطوءة وإنها حرامٌ، وهذا لم يوجد في الرضاع، ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب. ١٣١ب

(١) **والمحرم بالمصاهرة له أربعة أفراد:**

زوجة الأب؛ لقوله تعالى ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾.

زوجة الابنِ؛ لقوله تعالى ﴿وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ﴾ أمّ الزوجة: ـ وإن لم يدخل بها ـ لقوله تعالى ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ بنت الزوجة: وهي الربيبة إذا دخل بالأم بعقد صحيح أو فاسد، لقوله تعالى ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾. وقيد الحجور للغالب، فلا مفهوم له.

ينظر: الرضاع لشيخنا قاسم محمد العبدي.

والثانية: أنه لا يجوزُ للرجلِ أن يتزوَّج أم أخته من النسب لأبيه؛ وهو أن يكون له أختٌ من أبيه من النسب لا من أمّه، لا يجوز له أن يتزَّوج أم هذه الأخت، ويجوزُ له أن يتزوَّج أمَّ أخته من الرضاع، وهو أن يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمَّها من النسب، لأنَّ المانع في النسب كونُ المتزوجة موطوءة أبيه، وهذا لم يوجد في الرضاع حتى لو وُجد لا يجوزُ كما في النسب.

ويجوزُ للرجلِ أن يتزوج أخت أخيه لأبيه من النسب، وصورتُه منكوحة أبيه إذا ولدت ابناً ولها بنتٌ من زوج آخر، فهي أخت أخيه لأبيه، فيجوز له أن يتزوجها؛ وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع، وهذا ظاهر، ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب؛ لأن المرضع ابنه، ويجوز للإنسان أن يتزوج أم ابنه من النسب.

وكذا أب المرضع من النسب يجوزُ له أن يتزوج المرضعة؛ لأنها أم ابنه من الرضاع، فهي كأم ابنه من النسب؛ وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب؛ كما يجوز له أن يتزوج بأمه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل في صفة الرضاع المحرم

وأما صفة الرضاع المحرم، فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر، فأما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامَّة العلماءِ. وعامة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، إلاَّ ما روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنه يحرم في الصغر والكبر جميعاً، واحتَّجتْ بظاهر قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء:٢٣] من غير فصل بين حال الصغر والكبر.

ورُوِيَ أن أبا حذيفة تبنَّى سالماً، وكان يدخلُ على امرأته سهلة بنتْ سهيل، فلما نزلت آيةُ الحجابِ أتتْ سهلةُ إلىٰ رسولِ الله ﷺ وقالت: يا رَسُولَ الله، قد كُنَّا نرى سالماً ولداً، وكان يدخلُ عليَّ، وليس لَنَا إلاَّ بيتٌ واحدٌ، فماذا ترى في شأنه؟ فقال لها رسولُ الله ﷺ: «**أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ؛ ثُمَّ يَدْخُلُ عَلَيْكِ**»[1] وكان سالم كبيراً، فدَّل أن الرضاع في حال

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦٠٥ ـ ٦٠٦) كتاب الرضاع ـ باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر ـ حديث (١٢) والبخاري (٩/ ١٣١، ١٣٢) كتاب النكاح ـ باب الإكفاء في الدين ـ حديث (٥٠٨٨) ومسلم (٢/ ١٠٧٦) كتاب الرضاع ـ باب رضاعة الكبير ـ حديث (٢٦، ٢٧/ ١٤٥٣) وأبو داود (٢/ ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١) كتاب النكاح باب من حرّم به ـ حديث (٢٠٦١) والشافعي (٢/ ٢٢، ٢٣) كتاب النكاح ـ الباب الرابع فيما جاء في الرضاع ـ حديث (٧٢) أحمد (٦/ ٣٩) وعبد الرزاق (٧/ ٤٥٩) والحميدي رقم (٢٧٨) من طرق عن عائشة. وابن الجارود ص (٢٣١، ٢٣٢) كتاب النكاح ـ حديث (٦٩٠) والبيهقي (٧/ ٤٥٩ـ ٤٦٠) كتاب الرضاع باب رضاع الكبير.

الصغر والكبر محرمٌ، وقد عملت عائشة ـ رضي الله عنها ـ بهذا الحديث بعد وفاةِ النبي ﷺ حتى رُوِيَ عنها أنها كانت إذا أرادتْ أن يَدْخُلَ عليها أحدٌ من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر ـ رضي الله عنها ـ، وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ أن يُرْضِعْنَهُ، فدلَّ عَمَلُهَا بالحديث بعد موت النبي ﷺ على أنه غيرُ منسوخٍ.

ولنا ما رُوِيَ أن رسولَ الله ﷺ دخل يوماً على عائشة ـ رضي الله عنها ـ فوجد عندها رجلاً فتغَّير وجهُ رسولِ الله ﷺ فقال: **«مَنْ هَذَا الرَّجُلُ؟»** فقالت عائشةُ: هذا عَمِّي من الرِّضاعة، فقال رسولُ الله ﷺ: **«انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ مِنَ الرَّضَاعَةِ إِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ المَجَاعَةِ»**[1] أشار ﷺ إلى أن الرضاع في الصغر هو المحرمٌ إذا هو الذي يدفع الجوع، فأما جوع الكبير لا يندفع بالرضاع.

ورُوِيَ عنِ النبيِّ ﷺ أنه قال: **«الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحِمَ وأَنْشَز العَظْمَ»**[2] وذلك هو رضاعُ الصغير دون الكبير؛ لأن إرضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم.

وَرُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: **«الرَّضَاعُ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ»**[3] ورضاع الصغير هو الذي يفتق الأمعاء لإرضاع الكبير؛ لأنَّ أمعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها إلا اللبن؛ لكونه من ألطف الأغذية كما وصفه الله ـ تعالى ـ في كتابه الكريم بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿لَبَناً خَالِصاً سَائِغاً لِلْشَارِبِينَ﴾ [النحل:٦٦] فأمَّا أمْعَاءَ الكبير فمنفتقة لا تحتاج إلى الفتق باللبنِ، ورُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: **«لاَ رِضَاع بَعْدَ فِصَالٍ»**[4].

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٦/٩) كتاب النكاح ـ باب من قال: لا رضاع بعد حولين حديث (٥١٠٢) ومسلم (١٠٧٨/٢) كتاب الرضاع ـ باب إنما الرضاعة من المجاعة ـ حديث (١٤٥٥/٣٢) وأحمد (٦/ ٩٤) والطيالسي (١٤١٢) وسعيد بن منصور (٢٧٦/١) رقم (٩٦٤) والدارمي (١٥٨/٢) كتاب النكاح ـ باب في رضاعة الكبير، وأبو داود(٥٤٨/٢) كتاب النكاح ـ باب في رضاعة الكبير ـ حديث (٢٠٥٨) والنسائي (١٠٢/٦) كتاب النكاح ـ باب القدر الذي يحرم من الرضاعة وابن ماجه (٦٢٦/١) كتاب النكاح ـ باب لإرضاع بعد فصال حديث (١٩٤٥) وابن الجارود ص (٢٣٢) كتاب النكاح: حديث (٦٩١) والبيهقي (٧/ ٤٦٠) كتاب الرضاع باب رضاع الكبير والبغوي في شرح السنة (٥/ ٦٥ ـ بتحقيقنا) والقضاعي في مسند الشهاب رقم (١١٧٦ ـ ١١٧٧) من طريق مسروق عن عائشة به.

(٢) أخرجه البيهقي (٧/ ٤٥٥) كتاب الرضاع، من طريق أبي داود وهو في سننه (٢٠٥٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه رقم (١٩٤٦) من طريق ابن وهب أخبرني ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة عن عبد الله بن الزبير.

وقال البوصيري: هذا إسناد ضعيف لضعف ابن لهيعة ا هـ قلت: رواية العبادلة عن ابن لهيعة صحيحة كما ذكر غير واحد وهذه منها فقد رواه ابن وهب عن ابن لهيعة.

(٤) أخرجه أبو داود (١٢٨/٢) كتاب الوصايا: باب ما جاء متى ينقطع اليتم حديث (٢٨٧٣) والطبراني في «المعجم الصغير» (٩٦/١) من طريق عبد الله بن أبي أحمد عن علي بن أبي طالب به قال الحافظ في=

وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلاً مِنْ أَهْلِ البادية وَلَدتِ امرأتُهُ ولداً فمات ولدُها، فورم ثدي المرأةِ، فجعل الرجلُ يمصُّه ويمجُّه، فدخلت جرعةٌ منه حلقه، فسأل عنه أبا موسى الأشعري ـ رضي الله عنه ـ قال: قَدْ حُرِّمَتْ عليك، ثم جاء إلىٰ عبدِ الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ فسأله فقال: هَلْ سَأَلْتَ أحداً [قبلي][1]، فقال: نعم، سألتُ أبا موسى الأشعريَّ، فقال: حُرِّمَتْ عليك، فجاء ابنُ مسعود أبا موسى الأشعري ـ رضي الله عنهما ـ فقال له: أمَا عَلِمْتَ أنه إنمَّا يحرم مِنَ الرضاعِ ما أنْبَتَ اللَّحْمَ، فقال أبو موسى: لا تسألوني عَنْ شيءٍ ما دام هذا الخبرُ بين أظهركم[2].

وعن عبدَ الله بن عمر أن رجلاً جاء إلى عمر ـ رضي الله عنه ـ فقال: كانت لي وليدةٌ أطؤها فعمدتِ امرأتي إليها، فأرضعتها، فدخلتُ عليها، فقالت: دُونَكَ فقد[3] والله؛ أرضعتُها، فقال عمر ـ رضي الله عنه ـ: واقعْها فهي جاريتك؛ فإنَّما الرضاعةُ عند الصغر[4]؛ وبهذا/ تبين أن ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير؛ لأن النبي ﷺ فسرَ الرضاعَ المحرمَ ١٣٢أ بكونه دافعاً للجوعِ، منبتاً للحم، منشراً للعظم، فاتقاً للأمعاءِ، وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير، فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصلهُ.

وَأمَّا حديثُ سالم، فالجوابُ عن التعلق به من وجهين:

أحدهما يحتمل أنه كان مخصوصاً بذلك يدلُّ عليه ما روي أن سائر أزواجِ رسول الله ﷺ أَبَيْنَ أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبرِ أحدُ من الرجال، وقلن ما نرى الذي أمر به رسولُ الله ﷺ سهلة بنت سهيل إلاَّ رخصة في سالم وحده، فهذا يدُل على أن سالماً كان مخصوصاً بذلك، وما كان من خصوصية بعض الناس لمعنى لا تعقله لا يحتمل القياس، ولا نترك به الأصل المقرر في الشرع.

= التلخيص (٢/ ١٠١): وقد أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم، وحسنه النووي متمسكاً بسكوت أبي داود عليه. . . . اهـ.
وللحديث طريق آخر.
أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٢٩٩) من طريق إبراهيم النخعي عن علقمة بن قيس عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام» وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٣٣٧): رواه الطبراني في الصغير ورجاله ثقات.

(١) سقط من ط.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في ط: مقدور.
(٤) أخرجه مالك (٢/ ٦٠٦) كتاب الرضاع: باب ما جاء في الرضاعة بعد الكبر، حديث (١٣) ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٦١) كتاب الرضاع: باب رضاع الكبير.

والثاني: أنَّ رضاع الكبير كان محرماً، ثم صار منسوخاً بما روينا من الأخبار، وأما عمل عائشة ـ رضي الله عنها ـ فقد روي عنها ما يدل على رجوعها؛ فإنه رُوِيَ عنها أنها قالت: «لا يحرمُ مِنَ الرِّضَاعِ إلاَّ ما أنبتَ اللَّحْمَ والدمَ»[1]، وروي أنها كانت تأمرُ بِنْتَ أخيها عبد الرحمٰن بن أبي بكر ـ رضي الله عنهم ـ أن ترضع الصبيانَ حتى يَدْخُلُوا عليها إذا صاروا رجالاً، على أن عَمَلَهَا مُعَارِضٌ بعمل سائر أزواج النبيِّ ﷺ فإنهن كن لا يرين أنْ يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحدٌ من الرجال، والمعارض لا يكون حجة، وإذا ثَبَتَ أنَّ رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم، فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم الرضاع؛ وهو بيان مدَّة الرضاع المحرم.

وقد اختلف فيه؛ قال أبو حنيفة: ثلاثون شهراً، ولا يحرم بعد ذلك، سواء فطم أو لم يفطم.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ ـ رحمهما الله تعالى ـ: حولان لا يحرم بعد ذلك، فطم أو لم يفطم، وهو قولُ الشافعيِّ.

وقال زفر: ثلاثة أحوال.

وقال بعضُهم: خمسة عشرة سنة.

وقال بعضُهم: أربعون سنة.

احتج أبو يوسف ومحمدٌ بقوله: ﴿وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتَمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة:٢٣٣] جعل الله ـ تعالى ـ الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع وليس وراء التمام شيء؛ وبقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان:١٤] وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً﴾ [الأحقاف:١٥] وأقل مدة الحمل ستة أشهر، فبقي مدة الفصال حولين، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: **«لاَ رَضَاعَ بَعْدَ الحَوْلَيْنِ»**[2] وهذا نصٌّ في الباب.

ولأبي حنيفة قولهُ ـ تعالى ـ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء:٢٣] أثبت الحرمة بالرضاع مطلقاً عن التعرض لزمان الإرضاع، إلاَّ أنه قام الدليل على أن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٧٤) كتاب الرضاع حديث (١٠) من طريق الهيثم بن جميل ثنا سفيان عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعاً.

وقال الدارقطني: لم يسنده عن ابن عيينة غير الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ ا هـ ورواه موقوفاً.

وقد تكلم عليه الحافظ الزيلعي في «نصب الراية» (٣/٢١٨ ـ ٢١٩) كلاماً شافياً فليراجع.

زمان ما بعد الثلاثين شهراً ليس بمراد فيعمل بإطلاقه فيما وراءه، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِنْ أَرَادَ فِصَالاً عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ﴾ [البقرة:٢٣٣].

والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنه أثبت لهما إرادة الفصال بعد الحولين؛ لأن الفاء للتعقيب، فيقتضي بقاء الرضاع بعد الحولين؛ ليتحقق الفصال بعدهما.

والثاني: أنه أثبت لهما إرادة الفصال مطلقاً عن الوقت، ولا يكون الفصال إلا عن الرضاع، فدل على بقاء حكم الرضاع في مطلق الوقت إلى أن يقوم الدليل على التقييد، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ﴾ [البقرة:٢٣٣] أثبت لهما إرادة الاسترضاع مطلقاً عن الوقت، فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل، ولأن الإرضاع إنما يوجب الحرمة؛ لكونه منبتاً للحم منشراً للعظم على ما نطق به الحديث، ومن المحال عادة أن يكون منبتاً للحم إلى الحولين، ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفة؛ لأن الله ـ تعالى ـ ما أجرى العادة بتغير الغذاء إلا بعد مدة معتبرة؛ ولأن المرأة قد تلد في البرد الشديد والحرّ الشديد، فإذا تم على الصبي سنتان، لا يجوز أن تؤمر المرأة بفطامه؛ لأنه يخاف منه الهلاك على الولد؛ إذ لو لم يعود بغيره من الطعام، فلا بد وأن تؤمر بالرضاع، ومحالٌ أن تؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع في وقت واحد، فدلَّ أن الرضاع بعد الحولين يكون رضاعاً إلاَّ أن أبا حنيفة استحسن في تقديره مُدَّةَ إبقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر؛ لأنه أقل مدة تغير الولد، فإن الولد يبقى في بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغذائها، ثم ينفصل فيصير أصلاً في الغذاء، وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة، فقال لما ثبت حكم الرضاع في ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة يثبت في بقيتها؛ كالسنة الأولى والثانية.

وأما الآية الأولى، ففيها أن الحولين مدة الرضاع في حَقِّ مَنْ أراد تمام الرضاعة، وهذا لا ينفي أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع في حَقِّ من لم يرد أن يتم الرضاعة/، مع ما أن ذكر الشيء بالتمام لا يمنعُ من احتمال الزيادة عليه؛ ألا ترى إلى قوله ﷺ: «**مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ، فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ**» وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه، فإن طواف الزيارة من فروض الحج، على أن في الآية الكريمة أن الحولين تمام مدة الرضاع، لكنها تمام مدة الرضاع في حق الحرمة، أو في حق وجوب أجر الرضاع على الأب، فالنصُّ لا يتعرض له.

١٣٢ب

وعندهما تمام مدة الرضاع في حق ـ وجوب الأجر على الأب، حتى أن الأم المطلقة إذا طلبت الأجرَ بعد الحولين ـ ولا ترضع بلا أجرٍ ـ لم يجبر الأب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين، أو تحمل الآية على هذا توفيقاً بين الدلائل؛ لأن دلائل الله ـ عزَّ وجلَّ ـ لا تتناقض.

وأما الآية الثانية، فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر من عامين؛ كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور، فكان هذا استدلالاً بالمسكوت كقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً. . .﴾ الآية[النور:٣٣] أنه لا يمنع جواز الكتابة إذا لم يعلم فيهم خيراً.

وأما الآية الثالثة، فيحتمل ما ذكرتم أنَّ المراد من الحمل هو الحمل بالبطن، والفصال هو الفطام، فيقتضي أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر؛ كما روي عن عبد الله بن عباس ـ رضي الله عنهما ـ [1]، وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحملُ باليد والحجر، فيقتضي أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعاً؛ لأنه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالباً، لا أن يكون بعض هذه المدة مدة الحمل وبعضها مدة الفصال؛ لأن إضافة السنتين إلى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما، بل تقتضي أن يكون جميع ذلك الوقت مدة لكلٍ واحد منهما؛ كقول القائل: صومُك وزكاتك في شهر رمضان، هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما، بل يقتضي كون الشهر كله وقتاً لكلٍّ واحدٍ منهما، فيقتضي أن يكون الثلاثون شهراً مدة الرضاع؛ كما هو مذهب أبي حنيفة، فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه إن وقع التعارض بين الآيات ظاهراً، لكن ما تلونا حاظر، وما تلوتم مبيح والعمل بالحاظر أولى احتياطاً.

وأما الحديث، فالمشهور: «لاَ رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ» ، ونحن نقول بموجبه فجائز أن يكون أصل الحديث هذا، وأن من ذكر الحولين حمله على المعنى عنده، ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الإرضاع على الأب بعد الحولين، أي: في حق وجوب الأجر عليه على ما ذكرنا من تأويل الآيةِ، أو يحمل على هذا عملاً بالدلائل كلها، والله الموفق.

ثم الرضاع يحرمُ في المدة على اختلافهم فيها، سواء فطم في المدة أو لم يفطم، هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا، حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي بعد ذلك في المدة، كان رضاعاً محرماً ولا يعتبر الفطام؛ وإنما يعتبر الوقت، فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنين؛ لأن الرضاع في وقته عرف محرماً في الشرع؛ لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما إذا فطم أو لم يفطم.

---

(١) قال السيوطي في الدر المنثور ٩١٦.
وأخرج عبد الرزاق وابن المنذر عن نافع بن جبير أن ابن عباس أخبره قال: إني لصاحب المرأة التي أتى بها عمر وضعت لستة أشهر فأنكر الناس ذلك، فقلت لعمر: لا تظلم. قال: كيف؟ قلت: اقرأ ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة: ٢٣٣] كم الحول؟ قال: سنة. قلت: كم السنة؟ قال: اثنا عشر شهراً. قلت: فأربعة وعشرون شهراً حولان كاملان ويؤخر الله من الحمل ما شاء ويقدم. قال: فاستراح عمر رضي الله عنه إلى قولي.

وَرَوىٰ الحسنُ عَنْ أبي حنيفةَ أنه قال: إذا فطم في السنتين حتَّى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهراً، لم يكن ذلك رضاعاً؛ لأنه لا رضاع بعد الفطام، وإن هي فطمته فأكل أكلاً ضعيفاً لا يستغنى به عن الرضاع، ثم عاد فأرضع كما يرضع أولاً في الثلاثين شهراً، فهو رضاع محرم؛ كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم.

ومحتملٌ أن تكون رواية الحسن تفسيراً لظاهر قول أصحابنا، وهو أن الرضاع في المدة بعد الفطام إنما يكون رضاعاً محرماً إذا لم يَكُنِ الفطام تاماً؛ بأن كان لا يستغني بالطعام عن الرضاع، فإن استغنى لا يحرم بالإجماع، ويحمل قول النبي ﷺ: **«لاَ رَضَاع بَعْدَ الفِصَالِ»** على الفصال المتعارف المعتاد، وهو الفصال التام المغني عن الرضاع[1].

---

(١) ويمكن تلخيص ذلك فنقول: أن نقول: إن من شرط الرضاع ألا يبلغ الرضيع حولين كاملين يقيناً في ابتداء الرضعة الخامسة، فلا أثر لرضاع من بلغها، ولو بيسير من الزمن، فإن شك في بلوغه وعدمه ـ حرم؛ لأن الشك لا أثر له مع اليقين الذي هو الأصل، وهو بقاء المدة ولو بلغهما في أثناء الرضعة الخامسة ـ حرم.
لكفاية ما وجد من هذه الرضعة في الحولين، ويعتبر الحولان بالأهلة؛ فإن انكسر الشهر الأول ـ تمم ثلاثين يوماً من الشهر الخامس والعشرين.
والسنة الهلالية، ـ وهي القمرية ـ ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمس، وسدس من اليوم، والسنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم، إلاّ جزءاً من ثلاثمائة من اليوم، والفلكيون يعتبرونها ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً فقط إن كانت بسيطة. وستة وستين إن كانت كبيسة، والسنة العددية ثلاثمائة وستون يوماً لا تزيد ولا تنقص.
وشرط عدم بلوغ الرضيع حولين كاملين هو مذهب إمَامنا الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وهو قول أبي يوسف، ومحمد ـ رضي الله تعالى عنهم ـ أجمعين. وقول الإمام مالك في إحدى روايتين، وبه قال من الصحابة سيدنا عمر، وابنه، وسيدنا علي وابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة، وأمهات المؤمنين، سوى سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنهم ـ، وقال سيدنا مالك ـ رضي الله عنه ـ مدته خمسة وعشرون شهراً.
وقال الإمام أبو حنيفة: مدته ثلاثون شهراً، وقال زُفَرُ: مدته ثلاثة أحوال، فهي ستة وثلاثون شهراً، فكل هؤلاء يشترطون الصغر في الرضاع، غير أنهم قد اختلفوا فيما بينهم في مدته.
وذهب بعض الفقهاء ومنهم الأوزاعي، وداود الظاهري إلى تحريم رضاع الكبير، ونسب هذا أيضاً إلى الإمام الليث بن سعد، وهو مذهب أم المؤمنين عائشة ـ رضي الله عنها ـ وقال الجصاص: إنه قول شاذ.
استدل إمامنا الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ومن وافقه بالكتاب والسنة. وأما الكتاب: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمُّ الرَّضَاعَةَ﴾ فقد جعل الله ـ تعالى ـ تمام الرضاع مقدراً بحولين، وما حدّ في الشرع بغاية ـ كان حكم ما بعد الغاية مخالفاً له، وحكمه في الشرع هو التحريم في الحولين، فوجب أن يكون حكم عدم التحريم بعد الحولين.
ونظير هذا القصر، والإقراء في العدة، وأما السنة ـ فكثيرة: منها: ما رواه الدارقطني، والبيهقي عن النبي ﷺ قال: «لاَ رَضَاعَ إلاَّ مَا كَانَ فِي الحَوْلَيْن» المعنى: لا رضاع محرِّم.
ومنها: ما رواه الترمذي وحسّنه «لاَ رَضَاعَ إلاَّ مَا فَتَقَ الأمْعَاء وَكَانَ قَبْلَ الحَوْلَيْنِ» فاستفيد من هذين =

....

= الحديثين قصر الرضاع المحرم على ما كان في الحولين؛ فعلم نفي التحريم بعدهما.
ومنها: ما رواه سيدنا جابر - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَ رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ وَلاَ يُتْمَ بَعْدَ اخْتِلاَمٍ» رواه أبو داود، والطيالسي في «مسنده». وجه دلالة هذا الحديث: أن الفصال ورد في القرآن مقدراً بحولين قال تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ فوجب الحمل على ما في الآية، دفعاً للمنافاة، ولهذا أفتى بعض الصحابة بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر مستدلاً بهذه الآية، وآيتي ﴿وَحَمْلُه وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً﴾ ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾.
قال ابن كثير: إن استنباط أن مدة الحمل ستة أشهر من هذه الآيات استنباط قوي صحيح.
روى محمد بن إسحاق، عن معمر بن عبد الله الجهيني قال: تزوج رجل منا امرأة من جهينة؛ فولدت لتمام ستة أشهر، فانطلق زوجها إلى عثمان؛ فذكر ذلك له؛ فبعث إليها؛ فلما قامت لتلبس ثيابها بكت أختها؛ فقالت: ما يبكيك، فوالله ما التبس بي أحد من خلق الله غيره قط، فيقضي الله في ما يشاء، فلما أتى بها عثمان أمر برجمها، فبلغ ذلك عليًا، فأتاه فقال: ما تصنع؟ فقال: ولدت تماماً لستة أشهر، وهل يكون ذلك؟ فقال له عليّ: أما تقرأ القرآن؟ قال: بلى، قال: أما سمعت الله يقول ﴿وَحَمْلُه وَفِصَالُه ثَلاثُونَ شَهْراً﴾ وقال ﴿وَفِصَالُه فِي عَامَيْنِ﴾ فلم نجد قد بقي إلا ستة أشهر؟!! فقال عثمان: والله ما فطنت لهذا، عليَّ بالمرأة. قال: فوجدوها قد فرغ منها.
وفهم عبد الله بن عباس ذلك أيضاً من عمَر - رضي الله عنه - أنه جيء بامرأة وضعت لستة أشهر، فشاور في رجمها، فقال ابن عباس: إن خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم. ثم ذكر هاتين الآيتين.
واستدل أبو حنيفة - رضي الله عنه - بقوله - تعالى -: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً﴾ إذ ليس المراد بالحمل حمل الأحشاء، لأنه يكون في سنتين، بل المراد من الحمل الحمل على الكف، وهو عبارة عن مدة الرضاع.
ورد بأن هذا خلاف الظاهر من الكتاب، وبمعارض بما قال أجلاء الصحابة - رضي الله عنهم - فقد تقدم أن الإمام عليًا - كرم الله وجهه - وسيدنا ابن عباس قالا: المراد بالحمل: حمل البطن من غير نكير.
واستدل زُفَرُ بن الهذيل بالكتاب والسنة، أما الكتاب - فقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ والآية مطلقة ليس فيها تقييد بالحولين.
وأما السنة: فقول النبي ﷺ: «الرَّضَاعَةُ مِنَ المَجَاعَةِ» فإنها سن يعتد فيها بالرضاع - واللبن يسد فيها جوعته وأجيب بأن الإطلاق الذي في الآية مقيد بما تقدم في الأحاديث الدالة على اعتبار الحولين فقط، على أنه إذا سلم الإطلاق، فما دليله على التقييد بما يدعيه، وهو ثلاث سنين؟ وأجيب عن الحديث بأن عمومه مخصوص بما تقدم أيضاً.
وقوله: إنها سن يعتد فيها بالرضاع... الخ منقوص بالشهر السابع والثلاثين؛ لأن الطفل يتغذى فيه باللبن أيضاً، ولم يثبت بالرضاع فيه تحريم، وحيث ثبت أن الصغر في الاعتداد بالرضاع، وتحريمه شرط - فلا فرق بين أن يستغني الرضيع بالطعام عن اللبن، أم لا.
وقال سيدنا مالك - رضي الله عنه -: إنما يثبت التحريم بالرضاع؛ إن لم يستغنِ عن اللبن بالطعام.
ورد بأن التقدير بالحولين يقتضي الاعتداد بالزمن من غير نظر إلى غيره؛ وبأن تعليقه بالحولين علم من طريق النص، وتقييد الحكم بعدم الاستغناء بالطعام علم من الاجتهاد، وتعليق الحكم بالنص أولى من تعليقه بالاجتهاد، وأيضاً فإن اعتبار الحولين فُهِمَ من عموم النص والاستغناء بالطعام خاصٌ والتعميم =

....

= أولى، حملاً للنص على ظاهره، واحتياطاً في الأحكام.

الخلاف في مبدأ حسبان مدة الرضاع

ذهب الرافعي إلى أن ابتداء مدة الرضاع من تمام انفصال الولد، قياساً على العدة. وقال الروياني: تحسب من ابتداء خروج الولد، وينبني على هذا الخلاف أنه لو ارتضع قبل تمام الانفصال لا تحريم على الأول، دون الثاني حتى لو كان بين ابتداء الانفصال والانتهاء يوم مثلاً؛ فعلى الأول ـ لا يحسب من الحولين، دون الثاني.

وقال الزركشي: لو ارتضع قبل تمام الانفصال الأمثل ترجيح التحريم؛ لوجود الرضاع حقيقة قياساً على الضمان بالقود، أو الدية لو حز جان رقبته قبل انفصاله، وبناء على هذا تحسب المدة من حين أن يرضع.

قال ابن المقري في «الروض»: الأوجه خلافه؛ لما فيه من إحداث قول ثالث.

وقياس الزركشي مع الفارق؛ لأن مسألة الحزُّ خارجة عن النظائر؛ فيضمن الجنين بالغرة عبد، أو أمة.

استدل المثبتون بما يأتي: ١ ـ رُوِيَ عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ: قَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ لِعَائِشَةَ: إِنَّه يَدْخُل عَلَيْكِ الْغُلَامُ الأَيْفَعُ الَّذي مَا أُحِبُّ أَنْ يَدْخَل عَلي؛ فقالت عائشة: أَمَا لَكِ فِي رَسُولِ الله ﷺ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ؟ وَقَالَتْ: إِنّ امْرَأَةَ أَبِي حذيفة قَالَتْ يَا رَسُولَ الله: إِنَّ سَالِماً يَدْخُلُ عَلَيَّ، وَهُوَ رَجُلٌ وَفِي نَفْسِ أَبِي حَذيفَةَ مِنْهُ شَيء، فقالَ رسُول الله ﷺ: «أَرْضِعِيْهِ حَتَّى يَحْرُمَ عَلَيْكِ» رواه أحمد ومسلم.

٢ ـ وروي عن سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: جَاءَتْ سَهْلَةُ بِنْتُ سُهِيل إلى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ الله: إِنِّي أَرَى مِنْ وَجْهِ أَبِي حُذَيْفَةَ مِنْ دُخُولِ سَالِم «وَهُوَ حَلِيفُهُ» فقال النبي ﷺ «أَرْضِعِيْهِ» قَالَتْ: كَيْفَ أُرْضِعُهُ وهُوَ كَبير، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ الله ﷺ وَقَالَ: «قَدْ عَلِمْتُ أَنَّه كَبِيرٌ».

وقد ذكر الإمام الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ في مسنده هذا الحديث فقال: حدثني مالك، عن ابن شهاب أنه سئل عن رضاعة الكبير؛ فقال: أخبرني عروة بن الزبير أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة، وكان من أصحاب النبي ـ ﷺ ـ قد كان شهد بدراً، وكان قد تبنى سالماً الذي يقال له سالم مولى أبي حذيفة، كما تبنى رسول الله ـ ﷺ ـ زيد بن حارثة، وأنكح أبو حذيفة سالماً، وهو يرى أنه ابنه. فأنكحه بنت أخيه فاطمة بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهي ـ يومئذ ـ من المهاجرات الأوليات، ومن أفضل أيامى قريش، فلما أنزل الله في زيد بن حارثة ما أنزل، فقال: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ الله فإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فإِخْوَانُكُمْ في الدِّيْنِ وَمَوَالِيْكُمْ﴾ رد كل واحد من أولئك متبناه إلى أبيه، فإن لم يعلم أباه رده إلى الموالي فجاءت سهلة بنت سهيل وهي امرأة أبي حذيفة، وهي من بني عامر بن لؤي إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقالت: يا رسول الله، كنا نرى سالماً ولداً، وكان يدخل عليّ، وأنا فضل، وليس لنا إلا بيت واحد، فقال النبي ـ ﷺ ـ فيما بلغنا: «أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ فَيَحْرُمُ بِلَبَنِهَا» وكانت تراه ابناً من الرضاعة، فأخذت بذلك عائشة فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال، فكانت تأمر أختها أم كلثوم، وبنات أختها يرضعن لها من أحبت أن يدخل عليها من الرجال والنساء.

وأبي سائر أزواج رسول الله ـ ﷺ ـ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس، وقلن: ما ترى الذي أمر به ـ ﷺ ـ سهلة بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده، من رسول الله ـ ﷺ ـ لا يدخل علينا بهذه الرضاعة أحدّ.

فظاهر هذا الحديث أن سالماً قبل الرضاع لم يكن محرماً لسهلة، لا يجوز نظره إليها، ولا الخلوة بها، ولهذا كره أبو حذيفة دخوله، وتغير وجهه من ذلك. ولما رضع وهو كبير، خصوصاً وأنه ثبت في بعض =

....

= الروايات أنه ذو لحية ـ صار من المحارم. فدل على هذا على أن رضاع الكبير يثبت به التحريم كالصغير وهو المطلوب. فإن قيل: كيف ساغ له الرضاع المستلزم للنظر والخلوى عادة، مع أن المحرمية لا تتحقق إلاَّ بعد الرضعة الخامسة؟ أجيب: بأن هذا خصوصية لسالم، كما خص بثبوت محرميته بالرضاع، أو أنه يجوز أنها كانت تحلب اللبن في إناء ويشربه.

والجواب عن هذه الأحاديث:

أولاً: أنها معارضة لظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾.

وجه الدلالة: كما قال الإمام فخر الدين الرازي: إنه ليس المراد بإتمام الرضاعة عدم حاجة الصبي إليها؛ فإنه قد يستغني عنها قبل الحولين، ويحتاج إليها بعدهما لضعفه. بل المراد: أن الحكم المختص بالرضاع لا يثبت إلا عند حصوله في هذه المدة.

ثانياً: إن هذه الأحاديث معارضة لكثير من الأحاديث الدالة على اعتبار الصغر في الرِّضَاعِ مع إمكان الجمع.

فمنها ما رواه ابن مسعود عن النبي ـ ﷺ ـ قال: «لاَ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ إلاَّ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَزَ العَظْمَ» ولا يكون هذا إلا في الصغير؛ لأن الكبير لا ينبت رضاعه لحماً، ولا ينشز عظماً.

ومنها: ما روي عن أم المؤمنين سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ الله ـ ﷺ ـ وَعِنْدِي رَجُلٌ فَقَالَ: مَنْ هَذَا؟ قُلْتُ أَخِي مِنَ الرَّضَاعَة، قال: «يا عَائِشَةُ انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُنَّ. فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ المَجَاعَةِ» فلولا أنَّ الرضاعة في الكبر لا أثر لها في التحريم ـ لما غضب، وتغير وجهه ـ ﷺ: وإنما تؤثر في التحريم حين الصغر، ويرشد إلى هذا قوله ـ ﷺ ـ: «فَإِنَّمَا الرَّضَاعَةُ مِنَ المَجَاعَةِ» فإن المعنى ـ كما قاله المهلب ـ: انظرن ما سبب هذه الأخوة؛ فإن مدة الرضاع إنما هي في الصغر؛ حيث يسد اللبن المجاعة؛ فإن الكبير لا يسد اللبن جوعته؛ ولهذا الحديث الذي روته قال بعضهم: إنها رجعت عن مذهبها؛ كما رجع أبو موسى.

ومنها: ما روته أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «لاَ يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ إلاَّ مَا فَتَقَ الأَمْعَاءَ فِي الثَّدْيِ وَكَانَ قَبْلُ الفِطَامِ» رواه الترمذي، وصححه، وفي رواية «الرَّضَاعَةُ مَا فَتَقَتِ المِعَى وَأَنْبَتَتِ اللَّحْمَ» والمراد بتفق الأمعاء: أنَّ يشقها اللبن، ويسلك فيها، وهذا لا يكون إلا في الصغير. أما الكبير فقد جرى الطعام فيها ففتقها، وزمن الثدي هو زمن الرضاع؛ جرياً على عادات العرب؛ فيقولون: مات فلان في الثدي؛ أي: في زمن الرضاع، ومنه الحديث المشهور: «إنَّ إِبْرَاهِيمَ مَاتَ فِي الثَّدْيِّ، وَإِنَّ لَه مَرْضَعاً فِي الجَنَّةِ تتِمُّ رَضَاعَهُ».

ومنها: ما روي عن جابر عن النبي ـ ﷺ ـ قال «لاَ رَضَاعَ بَعْدَ فِصَالٍ، وَلاَ يُتْمُ بَعْدَ احْتِلاَمٍ» رواه أبو داود، والطيالسي في «مسنده»، والمراد بالفصال: الفطام في مدته؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾.

فكل هذه الأحاديث الشريفة دالة على اشتراط الصغر في تحريم الرضاع، ويكفي اعتماداً على صحة هذا ـ، أعني اشتراط الصغر في تحريم الرضاع ـ أنه مذهب الكثير من أكابر الصحابة؛ كسيدنا علي ـ كرم الله وجهه ـ، وابن عباس، وعبد الله بن عمر، وسائر أزواج النبي ﷺ غير سيدتنا عائشة، بل قيل: إنها رجعت عن ذلك، وردت ما يدل على عدم تحريم رضاع الكبير على ما تقدم؛ فعلم من هذا أن ما دلّ على تحريم رضاعة الكبير من الأحاديث معارض بالآية. وبهذه الأحاديث المتقدمة الصحيحة الإسناد. =

ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة - رضي الله عنهم -.

وروي عن عبد الله بن الزبير وعائشة - رضي الله عنهما - أن قليلَ الرضاعِ لا يحرم[1]، وبه أخذ الشافعي فقال: لا يحرم إلاَّ خمسُ رضعاتٍ متفرقاتٍ.

واحتج بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: كَانَ فيما نَزَلَ عشرُ رضعاتٍ يحُرمْنَ، ثم صرن إلى خمس، فتوفي النبيُّ ﷺ وهو فيما يقرأ[2]، وروي عن النبيِّ ﷺ أنه

= والدليلان إذا تعارضا - تَساقطا، ما لم يرجح جانب أحدهما، وههنا قد ترجح جانب ما دل على اشتراط الصغر في التحريم بالرضاع، بتضافر الكتاب والسنة، وبأنه قول الكثير من أجلاء الصحابة - رضوان الله تعالى عليهم أجمعين - ولنا جوابان آخران:

الأول: إن الأحاديث التي دلت على تحريم رضاعة الكبير منسوخة بالأحاديث المفيدة، لاشتراط الصغر.

ودليلنا على دعوى النسخ: أن قصة سالم المذكورة كانت في أول الهجرة عند نزول قوله تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ. . .﴾ الآية وقد دَلّ حديث ابن عباس على اعتبار الصغر، ولم يقدم المدينة إلا قبل الفتح، وحديث أبي هريرة، ولم يسلم إلا في فتح خَيْبَرَ والمتأخر ينسخ المتقدم.

الجواب الثاني: إن هذا الحكم خاص بسالم؛ كما خص خزيمة بإقامته مقام رجلين في الشهادة، وخص أبو بردة بإجزاء الجذع من المعز في الأضحية، ويرشد لكونه خصوصية لسالم. فَهِمُ أمهات المؤمنين ذلك؛ حيث قلن: ما نرى الذي أمر به رسول الله ﷺ سهلة بنت سهيل إلا رخصة في سالم وحده من رسول الله ﷺ، ويؤيد ذلك أن السؤال حصل بعد نزول آية الحجاب، وهي أجنبية، لا يصح إبداء زينتها لسالم، والرضاع يستدعي إبداء الزينة عادة، وهو حرام؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلاَ يُبدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ. . .﴾ الآية وحيث أمر سالماً بذلك، وكان في الشرع ما يعارضه - وهو عموم الآية الدالة على حرمة إبداء الزينة التي يستلزمها الرضاع عادة - علم أن هذا خاص به، وليس أمراً للجميع، وإلا لزم إهمال أحد الدليلين، وإعمال الدليلين حين الإمكان أولى من إهمالِ أحدهما؛ كما هو معلوم من فن الأصول.

ينظر: الرضاع لشيخنا قاسم محمد العبدي.

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٠٨) كتاب الرضاع - باب جامع ما جاء في الرضاعة حديث (١٧) ومسلم (٢/ ١٠٧٥) كتاب الرضاع - باب التحريم بخمس رضعات - حديث (٢٤/ ١٤٥٢) والشافعي (٢/ ٢١) كتاب النكاح - الباب فيما جاء في الرضاع - حديث (٦٦) والدارمي (٢/ ١٥٧) كتاب النكاح - باب كم رضعة تحرم، وأبو داود (٥٥١٢) كتاب النكاح - باب هل يحرم ما دون خمس رضعات - حديث (٢٠٦٢) والترمذي (٣/ ٤٥٦) كتاب الرضاع - باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان - حديث (١١٥٠) والنسائي (٦/ ١٠٠) كتاب النكاح باب القدر الذي يحرم من الرضاعة، وابن حبان (٤٢٠٧ - الإحسان) والبيهقي (٧/ ٤٥٤) كتاب الرضاع - باب من قال لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات من طريق عبد الله بن أبي بكر عن عمرة عن عائشة به.

وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٧٥) كتاب الرضاع: باب التحريم بخمس رضعات حديث (٢٥/ ١٤٥٢) والشافعي في «المسند» (٢/ ٢١) كتاب النكاح: باب فيما جاء في الرضاع حديث (٦٧) وسعيد بن منصور (١/ ٢٧٩) رقم (٩٧٦) وابن الجارود (٦٨٨) والدارقطني (٤/ ١٨١) من طريق يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة به وأخرجه ابن ماجه (١/ ٦٢٥) كتاب النكاح: باب لا تحرم المصة والمصتان حديث (١٩٤٢) من طريق القاسم بن محمد عن عمرة عن عائشة.

قال: «لاَ تُحَرِّمُ المَصَّةَ وَالمَصَّتانِ، وَلاَ الإِمْلاَجَةَ وَلاَ الإِمْلاَجَتَانِ»[1] ولأن الحرمة بالرضاع لكونه

---

(١) ورد من حديث عائشة وأم الفضل والزبير بن العوام وابنه وأبي هريرة والمغيرة بن شعبة.

ـ حديث عائشة

أخرجه مسلم (٣/ ١٠٧٣ ـ ١٠٧٤) كتاب الرضاع: باب في المصة والمصتان حديث (١٧/ ١٤٥٠) وأبو داود (٢/ ٥٥٢) كتاب النكاح: باب هل يحرم ما دون خمس رضعات حديث (٢٠٦٣) والنسائي (٦/ ١٠١) كتاب النكاح: باب القدر الذي يحرم من الرضاعة والترمذي (٣/ ٤٥٥) كتاب الرضاع: باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان حديث (١١٥٠) وابن ماجه (١/ ٦٢٤) كتاب النكاح: باب لا تحرم المصة ولا المصتان حديث (١٩٤٠) وأحمد (٦/ ٣١، ٩٥ ـ ٩٦) وسعيد بن منصور (١/ ٢٧٧) رقم (٩٦٩) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٨) رقم (٣١٢) وأبو يعلى (٨/ ٢٣٩) رقم (٤٨١٢) وابن حبان (٤٢١٤ ـ الإحسان) والدارقطني كتاب الرضاع: باب من قال لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات وابن الجارود (٦٨٩) كلهم من طريق ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: لا تحرم المصة ولا المصتان.

ـ حديث أم الفضل

أخرجه مسلم (٣/ ١٠٧٤) كتاب الرضاع: باب هل يحرم ما دون خمس رضعات حديث (١٨/ ١٤٥١) والنسائي (٦/ ١٠٠ ـ ١٠١) كتاب النكاح: باب القدر الذي يحرم من الرضاعة وابن ماجه (١/ ٦٢٤) كتاب النكاح: باب لا تحرم المصة ولا المصتان حديث (١٩٤٠) والدارمي (٢/ ١٥٧) كتاب النكاح: باب كم رضعة تحرم وسعيد بن منصور (١/ ٢٧٧) رقم (٩٨٠) وأحمد (٦/ ٣٣٩) وعبد الرزاق (٧/ ٤٦٩) رقم (١٣٩٢٦) والمروزي في «السنة» (ص ـ ٨٨) رقم (٣١١) وأبو يعلى (١٢/ ٤٩٨) رقم (٢٠٧٢) وابن حبان (٤٢١٥ ـ الإحسان) والدارقطني (٤/ ١٧٥) كتاب الرضاع رقم (٢٧) والطبراني في «الكبير» (٢٥/ ٢٢) رقم (٢٨، ٢٩) والبيهقي (٧/ ٤٥٥) كتاب الرضاع: باب من قال لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات كلهم من طريق عبد الله بن الحارث عن أم الفضل أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني قد تزوجت امرأة وعندي أخرى فزعمت الأولى أنها أرضعت الحدثي فقال: «لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان».

ـ حديث الزبير بن العوام

أخرجه أبو يعلى (٢/ ٤٦) رقم (٦٨٨) وابن حبان (١٢٥٢ ـ موارد) من طريق محمد بن دينار الطاحي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير عن النبي ﷺ قال: «لا تحرم المصة والمصتان والإملاجة والإملاجتان» قال الترمذي (٣/ ٤٥٥): وهو غير محفوظ.

وأخرجه من هذا الوجه في «العلل» (ص ـ ١٦٧ ـ ١٦٨) وقال: سألت محمداً ـ يعني البخاري ـ عن هذا الحديث فقال الصحيح عن ابن الزبير عن عائشة وحديث محمد بن دينار أخطأ فيه وزاد فيه (عن الزبير) إنما هو هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن النبي ﷺ ا هـ.

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٦٤) وقال: رواه أبو يعلى والطبراني وفيه محمد بن دينار الطاحي وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان.

ـ حديث عبد الله بن الزبير

أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٤٦٩) رقم (١٣٩٢٥) والنسائي (٦/ ١٠١) كتاب النكاح: باب القدر الذي يحرم من الرضاعة والشافعي (٢/ ٢١) كتاب النكاح: باب ما جاء في الرضاع (٦٥) والمروزي في «السنة» =

منبتاً للحم ومنشراً للعظم، وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه، فلا يكون القليل محرماً.

ولنا قولهُ ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُم اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] مطلقاً عن القدر، وروي عن علي وعبد الله/ بن مسعود وعبد الله بن عباس ـ رضي الله عنهم ـ ١٣٣أ أنهم قالوا: قليلُ الرضاعِ وكثيره سواءٌ[1].

وروي عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: «**الرَّضْعَةُ الوَاحِدَةُ تُحَرِّمُ**»[2] وروي أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقولُ: لا تحرمُ الرضعةُ والرضعتان، فقال قضاء الله خيرٌ من قضاء ابن الزبير، وتلا قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣][3] وروي أنه لما بلغه أنَّ عائشةَ ـ رضي الله عنها ـ تقولُ: لا تحرم المصةُ والمصتان، فقال حكم الله ـ تعالى ـ أَوْلَىٰ وخيرٌ من حكمها[4].

= (ص ـ ٨٨) رقم (٣١٣، ٣١٤) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٦٣ ـ بتحقيقنا) من طريق عروة بن الزبير عن عبد الله بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال: لا تحرم المصة ولا المصتان.

والحديث صححه ابن حبان فأخرجه في «صحيحه» (١٢٥١ ـ موارد).

وذكره الترمذي في «سننه» (٣/ ٤٥٥) تعليقاً ورجحه البخاري كما في «العلل الكبير» للترمذي (ص ـ ١٦٨) على حديث الزبير.

ـ حديث أبي هريرة

أخرجه البزار (٢/ ١٦٨ ـ كشف) رقم (١٤٤٤) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص ـ ٨٩) رقم (٣١٨) والبيهقي (٧/ ٤٥٦) من طريق جرير بن عبد الحميد عن محمد بن إسحاق عن إبراهيم بن عقبة قال: كان عروة بن الزبير يحدث عن الحجاج بن الحجاج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحرم من الرضاعة المصة والمصتان ولا يحرم منه إلا ما فتق الأمعاء».

قال البزار: لا نعلمه بهذا اللفظ إلا بهذا الإسناد وحجاج بن حجاج روى عن أبيه وأبي هريرة وروى عنه عروة وهو معروف. ا هـ.

وقد سقط من إسناد البزار اسم عروة.

والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٤) وقال: رواه البزار وفيه ابن إسحاق وهو ثقة لكنه مدلس وبقية رجاله ثقات.

ـ حديث المغيرة بن شعبة

ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٤) عنه قال: قال رسول الله ﷺ لا تحرم العنقة قال المرأة تلد فيحضر اللبن في ثديها فترضع جارتها المرة والمرتين وقال الهيثمي: رواه الطبراني في «الكبير والأوسط» ورجاله رجال الصحيح.

(١) ينظر «السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ٤٥٨) كتاب الرضاع: باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٨) كتاب الرضاع: باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٨) كتاب الرضاع: باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره.

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٥٨) كتاب الرضاع: باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيرة.

وأما حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ فقد قيل: إنه لم يثبت عنها، وهو الظاهرُ؛ فإنه روي أنها قالت: تُوفي النبيُ ﷺ وهو مما يتلى في القرآن، فما الذي نسخه ولا نسخ بعد وفاة النبيِّ ﷺ، ولا يحتمل أن يقال ضاع شيء من القرآن؛ ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء أن هذا حديثٌ منكرٌ، وأنه من صيارفة الحديث، ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فَنُسخ العدد بنسخ رضاع الكبير.

وأما حديثُ المصَّةِ والمصتين، فقد ذكر الطحاوي أنَّ في إسناده اضطراباً؛ لأن مداره على عروة بن الزبير عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ، وروي أنه سئل عروة عن الرضاعة، فقال: ما كَانَ في الحَوْلَيْنِ، وإن كان قطرة واحدة محرم، والراوي إذا عمل بخلافِ ما روى، أوجب ذلك وهنا في ثبوت الحديث؛ لأنه لو ثبت عنده لعمل به، على أنه إن ثبت فيحتمل أن الحرمة لم تثبت لعدم القدر المحرم، ويحتملُ أنها لم تثبت؛ لأنه لا يعلم أن اللبن وَصَلَ إلى جوف الصبي أم لا، وما لم يصل لا يحرم، فلا يثبت لعدم القدر المحرم، ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال؛ ولهذا قال ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ إذا عقي الصبي فقد حرم[1] حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم؛ لأن العقي اسمٌ لما يخرج من بطن الصبي حين يولد أسود لزج، إذا وصل اللبن إلى جوفه، ، يقال هل عقيتم صبيكم؟ أي: هل سقيتموه عسلاً ليسقط عنه عقيه، إنما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه؛ لأنه لا يعقي من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه، ويحتمل أنه كان ذلك في إرضاع الكبير حين كان محرماً، ثم نسخ.

وأما قولهُ إن الرضاع إنما يحرم لكونه مُنْبِتاً للحم منشراً للعظم، فنقول القليل ينبت وينشر بقدره، فوجب أن يحرم بأصله وقدره، على أن هذه الأحاديث إن ثبتت فهي مبيحة، وما تلونا محرم، والمحرم يقضي على المبيح احتياطاً؛ لأن الجرعة الكبيرة[2] عنده لا تحرم، ومعلومٌ أن الجرعة الواحدة الكبيرة[3] في إنبات اللحم وإنشار العظم فوق خمس رضعات صغار، فَدَلَّ أنه لا مدار على[4] هذا.

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/٤٥٨) كتاب الرضاع باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره.

(٢) في ط: الكثيرة.

(٣) في ط: الكثيرة.

(٤) من شروط الرضيع: أن يصل اللبن إلى جوف الطفل من معدة، أو دماغ خمس رضعات متفرقات يقيناً؛ فإن ارتضع أقل من الخمس ـ لم يثبت التحريم. نعم، لو حكم حاكم لم ينقض قوله للخلاف، وكذا لا يثبت التحريم؛ لو شك في كونه رضع خمساً، أو أقل؛ لأن اليقين ـ وهو عدم التحريم ـ لا يرتفع بالشك؛ خلافاً للإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ حيث قال: يثبت بالشك احتياطاً.

وكون التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات هو مذهب إمامنا الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وبه قال من الصحابة سيدنا عبد الله بن الزبير، وعبد الله بن مسعود، وأم المؤمنين عائشة ـ رضي الله عنهم ـ، ومن ـ

....

= التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، ومن الفقهاء أحمد، وإسحاق، وحكاه ابن القيم، عن الليث بن سعد، ـ رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ـ.

وذهب أبو حنيفة ـ رضي الله عنه ـ إلى أن التحريم يثبت برضعة واحدة وبه قال من الصحابة سيدنا علي ـ كرم الله وجهه ـ وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، ومن الفقهاء سيدنا مالك، والأوزاعي، والثوري ـ رضي الله تعالى عنهم ـ.

وذهب داود الظاهري: إلى أنه يثبت التحريم بثلاث رضعات، وبه قال من الصحابة سيدنا زيد بن ثابت، ومن الفقهاء أبو ثور ـ رضي الله عنهم ـ.

احتج إِمَامُنَا الشَّافِعِيُّ، ومن وافقه بما رواه الإمام مسلم ـ رضي الله تعالى عنه ـ قال: حَدَّثَنَا يَحْيَى بنُ يَحْيَى قَالَ: قَرَأْتُ عَلَى مَالِكٍ عن عَبْدِ الله بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ عَمْرَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشرُ رَضَعَتٍ مَعْلُومَاتٍ يحرمن، ثمَّ نسخ بخمس مَعْلُومَاتٍ، فَتُوُفِّيَ رسول الله ﷺ وَهنَّ فِيمَا يُقْرأُ مِنَ الْقُرْآنِ» وقد روى هذا الحديث أبو داود، والنَّسائي، والترمذي، وابن ماجه، وذكره الشافعي في مسنده فقال: .

«أَخْبَرنَا سُفْيَان عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيد عَنْ عَائِشَةَ ـ رضي الله عنها ـ أَنَّهَا كَانَتْ تَقُولُ: نَزَلَ الْقُرْآنُ بِعَشْرِ رَضَعاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمْنَ» ثمَّ صُيِّرْنَ إِلَى خَمْسٍ يُحَرِّمْنَ فَكَانَ لاَ يَدْخُلُ عَلَى عَائِشَةَ إِلاَّ مَنِ اسْتَكْمَلَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ.

فهذه الرواية صريحة في إناطة التحريم بخمس رضعات، وأنها ناسخة لغيرها، وأن الأمر قد استقر على ذلك. فلو لم تكن هي مناط الحكم ـ لما كانت ناسخة لغيرها، لكن التالي ـ وهو عدم كونها ناسخة لغيرها ـ باطل؛ فَبَطَلَ ما أدى إليه. وهو عدم كونها مناط الحكم؛ فثبت نقيضه، وهو: أنها مناطة، وهو المطلوب الملازمة ظاهرة: إذ لو نيط الحكم بغيرها ـ لكان هو الناسخ للعشر دونها. أما بطلان التالي ـ الذي هو عدم كونها ناسخة ـ فلمخالفته لصريح النص وهو «ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ» ويؤيد هذا المذهب أنه لا يخالف ما دلَّ على ربطه بغير الخمس من القليل والكثير، بل يكون تقييداً له، لا ناسخاً؛ بخلاف القول بالتحريم بالقليل والكثير؛ فإنه يخالف ما دل على نفي التحريم بالرضعة والرضعتين، وبخلاف القول بالتحريم بالثلاث؛ فإنه يخالف ما دل على الإناطة بالخمس دون ما كان أقل منها.

اعترض هذا الدليل من وجوه:

الوجه الأول: تمنع كون ما نقل عن أم المؤمنين قرآناً؛ لعدم تواتره، وعدم إثباته في المصاحف، وأجيب بأن عدم كونه قرآناً؛ لانتفاء التواتر لا يمنع من وجوب العمل؛ فإنه يكفي فيه الظن، وقد احتج الأئمة بخبر الواحد في مواضعَ كثيرة؛ فاحتج الإمام الشافعي، وأحمد ـ رضي الله تعالى عنهما ـ به في هذا الموضع، واحتج أبو حنيفة به في وجوب التتابع في صيام كفارة اليمين، ولا سند له إلا قراءة ابن مسعود ـ رضي الله تعالى عنه ـ ﴿فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّام مُتَتَابِعَاتٍ﴾ واحتج به سيدنا مالك والصحابة قبله ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ في فرض السدس للواحد مَن ولد الأم. ـ وله أخ أو أخت من أم في قراءة أُبَيٍّ، وقد أجمع على هذا، وليس له سند سوى هذه القراءة. وبالجملة فعدم القرآنية؛ لعدم التواتر لا ينافي وجوب العمل؛ لأن القرآنية لا يلزمها إلاَّ انعقادُ الصلاة به، وتحريم مَسّهِ على المحدث، وقراءته على الجنب، والتعبد بتلاوته والتحدي به، وليس من لوازمها الخاصة بها عدم وجوب العمل؛ لأن وجوب العمل قد يثبت =

....

= بالآحاد الذي ليس بقرآن وقول المعترض سنداً لمنعه؛ لعدم إثباته في المصحف «ممنوع؛ لأنه لا يثبت في المصاحف إلا ما بقيت تلاوته، سواء نسخ حكمه، أم بقي؛ بخلاف ما نسخت تلاوته، فلا يثبت فيها، سواء نسخ حكمه أيضاً، أو بقي فالمدار في الإثبات في المصاحف على بقاء التلاوة فقط.

وظهر من هذا أن القرآن له جهة تلاوة، وجهة حكم، وكل منهما إما منسوخ، أو باق؛ فالأقسام أربعة: باقي التلاوة والحكم؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ وهو كثير: ومنسوخ التلاوة والحكم؛ كقول سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ: «عشر رضعات معلومات يحرمن». ومنسوخ التلاوة دون الحكم؛ كما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «كان فيما أنزل الله الشيخ والشيخة إذ زنيا ـ فارجموهما ألبتة نكالاً من الله» وكان يقول: لولا أن يقول الناس: زاد عمر في القرآن ـ لكتبتها في حاشية المصحف، وهذا النوع؛ أي: منسوخ التلاوة دون الحكم ـ يحفظه الله في صدور الأمة، ويتوارثونه جيلاً بعد جيل: ومنسوخ الحكم دون التلاوة، كما في قوله تعالى ﴿وَالَّذِيْنَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لأَزْوَاجِهِمْ...﴾ الآية فإنها: نسخت بآية ﴿وَالَّذِيْنَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ وكآية الوصية نسخت بآية المواريث.

الوجه الثاني: من أوجه الاعتراض:

قال الحنفية: الحكم إنما يُعلم من داله، وهو اللفظ، فإذا نسخ اللفظ ـ فمن أين يعلم. وأجيب: بأن نسخ التلاوة لا يستلزم إلا نفي لوازمها؛ كصحة الصلاة بها، وإثباتها في المصاحف، ولا يستلزم نفي الحكم؛ لجواز حفظه في صدور الأمة.

الوجه الثالث:

قالت الحنفية: كيف ساغ الاستدلال بهذا، مع أنه لم ينقل نقل الأخبار، بل نقل نقل القرآن، ولم يثبت به، لعدم تواتره؟ وأجيب: بمنع أنه ليس بقرآن بأننا نلتزم أنه قرآن، ولا يشترط التواتر إلا فيما بقيت تلاوته؛ بخلاف ما نسخت تلاوته؛ كما هنا، سلمنا أنه ليس بقرآن، ولكن انتفاء قرآنيته لا يستلزم نفي حجيته، لأنه يكفي فيها الظن.

وأجاب الشوكاني بالتزام أنه سنة، لكونه مروي صحابي، وهو يستلزم التوقيف عنه ﷺ، وذلك كاف في الحجية.

الوجه الرابع:

قال النافي للعدد: تسلم هذا الاستدلال يؤدّي إلى إثبات النسخ بعد زمن الرسول ﷺ لقول سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ: «فتُوفي رسول الله ﷺ وهنَّ فيما يقرأ من القرآن».

وأجيب: بأن المراد بقولها ـ رضي الله تعالى عنها ـ: «فتوفي...» الخ أن النسخ قد تأخر إنزاله إلى قرب وفاة الرسول ﷺ حتى إن من لم يبلغه النسخ، لقرب عهده بالإسلام، أو بعد داره ـ كان يقرؤها، فلما بلغه رجع؛ فصار إجماعاً على أنه لا يتلى، فلا نسخ بعد زمنه ﷺ.

الوجه الخامس: من أوجه الاعتراض على الدليل:

أن الاستدلال بهذا يؤدي إلى إثبات النسخ بخبر الواحد، وهو لا يثبت إلا بالتواتر؛ وأجيب بأنه ليس بنسخ بخبر الواحد إنما هو نقل نسخ به، وشتان بينهما.

الوجه السادس: قالت سيدتنا عائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ:

«كان تحريم الرضاع في صحيفة، فلما توفي رسول الله ﷺ تشاغلنا بغسله، فدخل داجن الحي، فأكلها» =

....

= فلو كان قرآناً ـ لكان محفوظاً؛ لقوله تعالى ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَه لَحَافِظُونَ﴾.
أجاب الماوردي بما حاصله أن داجن الحي أكل الصحيفة التي فيها رضاع الكبير، وهو منسوخ، ولم يأكل ما يدل على العدد، ولئن سلمنا ذلك ـ فيكفي الحفظ في الصدور، وقد وهبهم الله ـ تعالى ـ حافظة قوية قال ﷺ «أَنَاجِيلُ أُمَّتِي فِي صُدُوْرِهَا» على أن المعتبر حفظ الحكم، وهو محفوظ منقول إلينا.
الدليل الثاني:
«عن أم المؤمنين ـ سيدتنا عائشة ـ رضي الله تعالى عنها ـ «أن رسول الله ﷺ أمر امرأة أبي حذيفة؛ فأرضعت سالماً خمس رضعات، وكان يدخل عليها بتلك الرضاعة» رواه أحمد.
وفي رواية «أن أبا حذيفة تبنى سالماً، وهو مولى لامرأة من الأنصار، كما تبنى النبي ﷺ زيداً، وكان من تبنى رجلاً في الجاهلية دعاه الناس ابنه، وورث ميراثه، حتى أنزل الله ـ عز وجل ـ ﴿أُدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ الله فإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فإِخْوَانُكُم فِي الدِّيْنِ وَمَوَالِيْكُمْ﴾ فردوا إلى آبائهم، فمن لم يُعلمْ له أَبٌ، فمولى، وأخ في الدين، فجاءت سهلة بنت سهيل؛ فقالت: يا رسول الله كنّا نرى سالماً ولداً، وكان يأوي معي، ومع أبي حذيفة، ويراني فضلي، وقد أنزل الله ـ عز وجل ـ فيهم ما قد علمت. فقال: «أَرْضِعِيْه خَمْسَ رَضَعَاتٍ» فكان بمنزلة ولده من الرضاعة. رواه في «الموطأ»، وأحمد. فهذا صريح في ربط التحريم بالخمس، إذ لو كان الأقل كافياً ـ لما كان لذكر الخمس فائدة، خصوصاً، وأن إرضاع سهلة؛ لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.
اعترض النافي للعدد هذا الدليل بقوله: هذا الدليل لتحريم رضاعة الكبير، وهو منسوخ؛ فلا يتمسك به في إثبات العدد لغير الكبير. وأجيب: بأن الحديث قد اشتمل على حكمين: رضاعة الكبير، وإثبات العدد ونسخ أحد الحكمين لا يستلزم نسخ الآخر؛ لاشتماله على المصلحة، ونظير هذا قوله تعالى: ﴿والَّلاتِي يَأْتِيْنَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ في البُيُوت حَتَّى يَتَوافَهُنَّ المَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ الله لَهُنَّ سَبِيلاً﴾ فقد اشتملت هذه الآية على حكمين: العدد المثبت للزنا، وحدّه، وهو الإمساك في البيوت، وقد نسخ هذا الأخير مع بقاء الأول.
وأجيب أيضاً: بأن رضاع الكبير لم ينسخ، بل هو غير محرّم؛ لعدم سببه ومقتضيه، وذلك لأن رضاع الكبير إنما حرّم بسبب سبق التبني بالمباح؛ فلما حرم التبني، ونسخ الله حكمه بقوله تعالى: ﴿أُدْعُوهُمْ لآبَائِهِمْ. . .﴾ الآية سقط ما تعلق به من تحريم رضاع الكبير. ولهذا نظائر؛ منها: فسخ الحج إلى العمرة في أشهر الحج عند فقورهم من العمرة في أشهره فلما استقر هذا الحكم في نفوسهم سقط به فسخ الحج، ولم يفسخ، وزال بزوال سببه.
الدليل الثالث:
هو ما استدل به الأصحاب من نفي التحريم بالرضعة والرضعتين، فمنها: ما روي عن سيدتنا عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «لاَ تُحرِمُ المَصَّةُ ولاَ المَصَّتَانِ». ومنها: ما روي عن أم الفضل أن رجلاً سأل النبي ﷺ أتحرم المصة؟ فقال: «لاَ تُحْرِمُ الرَّضَعَةُ وَالرَّضْعَتَانِ وَالمَصَّةُ والمصَّتَانِ». وفي رواية أخرى: «دخل أعرابي على نبي الله ﷺ وهو في بيتي؛ فقال: يا نبي الله، إني كانت لي امرأة، فتزوجت عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت الحدثي رضعة، أو رضعتين؛ فقال النبي ﷺ: «لاَ تُحْرِمُ الإِمْلاجَةُ ولاَ الإِمْلاجَتَانِ» فهذه الأحاديث صريحة في نفي التحريم بالرضعة والرضعتين، فلا يتعلق =

....

= بالتحريم بقليل الرضاع وكثيره؛ كما هو مذهب الحنفية، ولا يؤخذ بمفهومها، وهو التحريم بالثلاث؛ كما هو قول داود للأحاديث الدالة على حصر التحريم بالخمس؛ مثل: ما رواه الشافعي - رضي الله تعالى عنه - في مسنده «فكان لا يدخل على عائشة إلا من استكمل خمس رضعات»، وما يثبت من رواية ابن ماجه «لا يحرم إلا عشر، أو خمس» خصوصاً لو جرينا على ما قاله الزمخشري من أن الإخبار بالجملة الفعلية يفيد الحصر.

اعترض هذا بثلاث اعتراضات:

الأول: هذا استدلالٌ بمفهوم العدد، والعدد لا مفهوم له.

وأجيب: بأنه لا يؤخذ بمفهوم العدد إلا إن دلت قرينة، والقرينة هٰهنا قائمة من نسخ العشر بالخمس وإلا لم يكن لذكرها فائدة وأيضاً الأحاديث المفيدة لحصر التحريم في الخمس.

الثاني: هذه الأحاديث محمولة على ما إذا لم يصل اللبن إلى الجوف.

أجيب: بأن الرضعة لا تطلق إلا على ما وصل إلى الجوف بالمصِّ والازدراد، وأيضاً على هذا لم يكن لذكر الرضعة فائدة؛ لأن الرضعة والمصة في نفي التحريم سواء.

الثالث: قالت الحنفية، والمالكية: إن مفهوم هذه الأحاديث يدل على التحريم بالثلاث؛ فكما أن منطوقه حجة علينا؛ فمفهومه حجة عليكم.

وأجيب: بأن المفهوم مقيد بمنطوق الأحاديث الدالة على ربط التحريم بالخمس.

ومن أدلة الشافعية القياس على اللعان بجامع أن كلاً سببٌ للتحريم المؤبد وعَرِيٌّ عن جنس الاستباحة، فلا يرد الوطء بشبهة مثلاً؛ فإنه لم يعر عن جنس الاستباحة؛ فلهذا لم يفتقر إلى العدد واحتج النافي للعدد - وهم الحنفية والمالكية - بالكتاب والسنة والقياس.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ والَّلاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ ومن أرضعت مرة واحدة - يطلق على فعلها هذا الاسم الرضاعة، ويقال لها: أم أرضعت؛ فتدخل في عموم الآية، وبهذا احتج ابن عمر على ابن الزبير حين قال: لا تحريم إلا بخمس رضعات.

فقال: كتاب الله أولى من قضاء ابن الزبير.

وأما السنة - فمنها: قوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» فأطلق، ولم يقيد بعدد. ومنها: قوله ﷺ: «الرَّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ» ولا شك أن الرضعة الواحدة تسد الجوعة. ومنها: ما ثبت في «الصحيحين» عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت امرأة سوداء؛ فقالت: قد أرضعتكما. قال: فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فأعرض عني، قال: فتنحيت، فذكرت ذلك له، فقال: «وَكَيْفَ وَقَدْ زُعَمَتْ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا» فنهاه عنها، رواه أحمد، والبخاري، وفي رواية «دَعْهَا عَنْكَ» فلو لم يكن مطلق الرضاع محرماً - لسأله عن العدد، ولكنه قد أمره بتركها بادىء الأمر.

وأما القياس: فأفراده كثيرة؛ فمنها: قياسه على الوطء بشبهة، وعقد النكاح بجامع أن كلاً يفيد التحريم المؤبد، فسيعطي حكمه من عدم اعتبار العدد ومنها: القياس على الإفطار في رمضان؛ بجامع الوصول إلى الجوف؛ فيعطي حكمه ومنها: القياس على حد الخمر؛ بجامع أن كلاً متعلق بالشرب؛ فلا يناط بالعدد.

=

....

= **والجواب من هذه الأدلة:**

أما عن الآية ـ فمطلقها مقيد بالأحاديث الدالة على اعتبار الخمس، ولا مانع من تقييد السنة للكتاب، وتقييد المطلق بيان لا نسخ، ولا تخصيص؛ قال تعالى: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ وبهذا تعلم الجواب عن قول ابن عمر لابن الزبير، لأن ابن الزبير لم يقض برأيه، بل بالتوقيف.

قال المُزَنِيُّ: قلت للشافعي: أَسَمِعَ ابن الزبير من النبي ﷺ؟ قَالَ: نَعَمْ سَمِعَ، وَلَهُ تِسْعُ سِنِينَ، ومن له تسع سنين يصح نقله وروايته؛ لأنه يضبط ما يسمعه.

وأما عن الأحاديث ـ فعن الأول منها أن الأخبار التي وردت في شأن الرضاع على نوعين: **الأول**: ما كان المقصود منها الحكم، وهو التحريم. **الثاني**: بيان العدد المحرم، ولكل مقام، وهذا الحديث من النوع الأول، على أن إطلاقه مقيد بما ذكر.

وعن الثاني: أن الرضعة الواحدة لا تسد الجوعة، خصوصاً إذا لم يصل إلى جوفه غير قطرة. **وعن الثالث**: حمل مطلقه على المقيد؛ دفعاً لإهمال أحد الدليلين، ولم يقم ما يدل على النسخ، على أنه يحتمل إن يكون ترك الاستفصال؛ اعتماداً على بيانه من قبل، ولا حجة مع الاحتمال.

وأما عن القياس ـ فالجواب عن الأول منها: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الأصل لم يعر عن جنس الاستباحة؛ بخلاف الفرع.

وعن الثاني: أن العلة، والحكمة التي كان لأجلها التحريم في الرضاع لم تتحقق في الإفطار، وهي التغذية؛ فهو قياس مع الفارق أيضاً.

وعن الثالث: بالمنع من الإلحاق؛ لأن الشارع حرم المسكر بدون تقييد بعدد. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوْا إِنَّمَا الخَمْرُ وَالمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ والأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ ولا كذلك الرضاع. فإن نص على العدد المحرِّم، ولا قياس مع النص.

استدل داود، ومن وافقه بقوله ﷺ: «لاَ تُحَرِّمُ المصَّةُ وَلاَ المصَّتَانِ وَلاَ الرَّضْعَةُ وَلاَ الرَّضْعَتَانِ» ونحوه من كل ما دل على نفي التحريم بالرضعة وبالاثنتين، فدلت هذه الأحاديث بمفهومها على تحريم الثلاث، وقالوا أيضاً: إن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه من الثلاث، وأيضاً إن هذا العدد. هو أدل مراتب الجمع.

الجواب: أما عن الأول ـ فإن مفهوم هذه الأحاديث مقيد بالأحاديث الصريحة الدالة على اعتبار الخمس، وقد جرى قوله ﷺ: «لاَ تُحَرِّمُ الرَّضْعَةُ وَلاَ الرَّضْعَتَانِ، وَلاَ المَصَّةُ وَلاَ المصَّتَانِ» مجرى قوله ﷺ «إِنَّمَا الرِّبَا في النَّسِيئَةِ» فإن مفهومه هو جواز الرِّبا في المنجز، إذا كان مقايضة، وليس كذلك للنصوص الأخرى الدالة على جريان الرِّبا فيه. أو يجاب بأن هذه الأحاديث التي تمسكتم بها واردة على سؤال خاص، ورواية أم الفضل مصرحة بلفظ السؤال؛ فلا يدل على إثبات الحكم فيما عدا هذا السؤال.

والجواب عن الثاني والثالث: أن النص واقع لهذه الاحتمالات.

المرجع في تحديد الأشياء الشرع؛ كما في تقدير السفر الطويل بكونه ستة عشر فرسخاً، فإن لم يوجد تقدير من الشرع ـ فالمرجع هو اللغة؛ كما في تحديد الدقيق والخبز، والعرف؛ كما في تحديد الزيت من الشيرج، وحرز المثل، وهذه المراجع قد تتحد، وقد تختلف، وقد يعتبر تقديم العرف على اللغة في بعض الأبواب، ولا شك أنه ليس في تحديد الرضعة نصٌّ شرعيّ، ولا ضابط لُغَويّ، وحينئذ فليرجع إلى =

وكذا يستوي فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها في قدح فأوجر به صبي يحرم عندنا.

وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم، ولا خلاف في أنه إذا حلب لبنها في حال حياتها في إناء فأوجر به الصبي بعد موتها، أنه يثبت به الحرمة.

وجه قوله أن حكم الرضاع هو الحرمة، والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلاً لهذا الحكم؛ ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها عندكم، فصار لبنها كلبن البهائم، ولو ارتضع صغيران من لبنِ بهيمةٍ لا تثبت حرمة الرضاع بينهما؛ كذا هذا، وإذا لم تثبت الحرمة في حقها، لا تثبت في حق غيرها؛ لأن المرضعة في أصل هذا الحكم فأولاً يثبت في حقها، ثم يتعدى إلى غيرها، فإذا لم يثبت في حقها، فكيف يتعدى إلى غيرها بخلاف ما إذا حلب حال حياتها، ثم أوجر الصبي بعد وفاتها؛ لأنها كانت محلاً قابلاً للحكم وقتَ انفصالِ اللبن منها، فلا يبطل بموتها بعد ذلك، وهٰهنا بخلافه؛ ولأن اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي، فأشبه البول والدم.

ولنا: الحديثُ المشهور عن رسولِ الله ﷺ: **«أَنَّهُ يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»** واسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدي؛ فإن العرب تقول: يتيم راضع، وإن كان يرضع بلبن الشاة والبقر، ولا على فعل الارتضاع منها بدليل أنه لو ارتضع الصبي منها وهي

= العرف في تحديد الرضعة. فما يعده العرف رضعة ـ اعتبر شرعاً رضعة، وما لا ـ فلا.

فمما يعد رضعة عرفاً ـ أن يعرض عن الثَّدْيِ إعراضاً كليًّا، أو تعرض هي عن إرضاعه، سواء عاد فوراً، أم لا، وأن تقطع عليه الإرضاع لشغل، وطال الزمن؛ كما في أصل «الروضة»، فهذه لو عاد ـ عد رضعة أخرى، ومما يعد رضعة واحدة عُرْفاً ـ ما لو ترك الرضيع الثدي لاهياً أو لتنفس، أو لازدراد ما اجتمع في فمه، أو تحول من ثدي إلى آخر، أو قطعته المرضعة لشغل خفيف، أو نام نوماً خفيفاً، وعاد فوراً، وكذا لو طال نومه والثدي في فمه، فكل هذه رضعة واحدة؛ لقضاء العرف بذلك. أما لو طَالَ الزمن ـ فلم يعد إلا بعد مدة طويلة عرفاً تعدد الرضاع، اتباعاً للعرف.

ونظير هذا التفصيل ما قيل في تحديد الأكلة؛ فمن حلف لا يأكل في اليوم إلا مرة واحدة، وقطع الأكل، إعراضاً؛ أو لشغل طويل، وعاد تعدد الأكل؛ فيحنث؛ بخلاف ما لو أطال الأكل، وصار يتنقل من نوع إلى آخر، ويتحدث في خلال الأكل، أو يأتي بالخبز عند نفاده ـ لم يتعدد؛ فلا يحنث؛ لأن هذا في العرف يعد أكلة واحدة.

هذا هو المدار في تحديد الرضعة، ولا نظر إلى كونها مشبعة، أو لا، حتى ولو كانت قطرة في كل مرة حرَم، وتوقف الأذرعي في ذلك مُتَمَسِّكاً بظاهر حديث «الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنشَزَ العَظْمَ» ومنع هذا التوقف بأن المدار على الشأن، وبأنه لا مانع من تأثير القطرة في إثبات اللحم، خصوصاً مع انضمام بقية الرضعا.

ينظر: الرضاع لشيخنا قاسم محمد العبدي.

نائمة يسمى ذلك رضاعاً حتى يحرم، ويقال أيضاً: أرضع هذا الصبي بلبن الميتة؛ كما يقال: ارضع بلبن الحية؛ وقوله ﷺ: «**الرَّضَاعُ مِنَ المَجَاعَةِ**»، وقوله: «**الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَزَ العَظْمَ**» وقوله ﷺ: «**الرَّضَاعُ فَتَقَ الأَمْعَاءَ**» ولبن الميتة يدفعُ الجوعَ، وينبت اللحم، وينشز العظم، ويفتق الأمعاء فيوجب الحرمة؛ ولأن اللبن كان محرماً في حال الحياة، والعارض هو الموت، واللبن لا يموت كالبيضة؛ كذا روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «اللَّبنُ لا يموتُ»؛ ولأن الموت يحل محل الحياة، ولا حياة في اللبن.

ألاَ ترى أنّها لم تتألم بأخذِهِ في حالِ حياتها، والحيوان يتألم بأخذ ما فيه حياة من لحمه وسائر أعضائه، وإذا لم يكن فيه حياة، كان حاله بعد موت المرأةِ كحال قبل موتها، وقبل موتها محرم، كذا بعده.

وأما قوله المرأة بالموتِ خَرَجَتْ من أن تكون محّلاً للحرمة، وهي الأصْلُ في/ هذه ١٣٣ب الحرمة، فنقول الحرمة في حال الحياة ما ثبتت باعتبار الأصالة والتبعية، بل باعتبار إنبات اللحم وإنشاز العظم، وقد بقي هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة؛ لأنها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية؛ لكون الوطء سبباً لحصول الولد، وكلٌّ واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك افترقا.

وقوله: اللبن ينجس بالموت، ممنوعٌ، وهذا شيءٌ بناه على أصله، فأما على أصل أصحابنا، فاللبن لا ينجس بالموت، بل هو طاهر بعد الموت، وإن تنجس الوعاء الأصلي له، ونجاسة الظرف إنما توجب نجاسة المظروف إذا لم يكن الظرف معدناً للمظروف وموضعاً له في الأصل، فأما إذا كان في الأصل موضعه ومظانه، فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف.

ألاَ ترى أنَّ الدَّمَ الذي يجري بين اللحم والجلد في المذكاة لا ينجس اللحم؛ لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن، والدليل عليه أنه لو حلب لبنها في حال حياتها في وعاء نجس فأوجر به الصبي يحرم، ولا فرق بين الوعاء إذ النجس في الحالين ما يجاور اللبن لا عينه، ثم نجاسة الوعاء الذي ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له أولى، ويستوي في تحريم الرضاع الارتضاع من الثدي والإسعاط والإيجار؛ لأن المؤثر في التحريم هو حصول الغذاء باللبن وإنباتُ اللحم وإنشاز العظم وسدُّ المجاعة؛ لأن [به][1] يتحقق الجرية[2] وذلك يحصل بالإسعاط والإيجار؛ لأن السعوط يصل إلى الدماغ وإلى الحلق فيغذي ويسد الجوع، والوجور يصل إلى الجوف فيغذي، وأما الإقطار في الأذن فلا يحرم؛ لأنه لا

(١) سقط من ط.

(٢) الجزئية.

يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الأذن[١].

وكذلك الإقطار في الإحليل؛ لأنه لا يصل إلى الجوف فضلاً عن الوصول إلى المعدة؛ وكذلك الإقطار في العين والدبر[٢] لما قلنا.

وكذلك الإقطار في الجائفة وفي الآمة؛ لأن الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة، والآمة إن كان يصل إلى المعدة لكن ما يصل إليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء، فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بأن حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة.

---

(١) الإسعاط هو: صبّ اللبن في الأنف؛ ليصل إلى الدماغ، فصبه في الأذن والعين لا يقالُ له: إسعاطٌ.
والإيجار صبُّ اللبن في الحلق؛ ليصل إلى المعدة، وقد اختلف في التحريم بهما على أقوال ثلاثة:
فقال إمامنا الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ بالتحريم بالإيجار جزماً، وبالإسعاط على المذهب، ولا يخفى أن التعبير بلفظ المذهب يشعر بالخلاف، وهناك طريقة أخرى تقطع بالتحريم أيضاً في الإسعاط.
وقال أبو حنيفة ـ رضي الله تعالى عنه ـ يحرم الإيجار، دون الإسعاط. وقال عطارد وداود الظاهري بعدم التحريم بهما.
استدل إمامنا الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ بقوله ﷺ: «الرضاعة من المجاعة» وقوله: «الرَّضَاعُ مَا أَنْبَتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَزَ العظْمَ» علم من هذين الحديثين أن الحكمة في تحريم الرضاع هي تغذية الجسم، ولا شك أنها موجودة في كل من الإيجار والإسعاط، فيتعلق بهما التحريم لذلك؛ قيل: إن قوله ﷺ لسهلة بنت سهيل: «أَرْضِعِيه خَمْساً يُحْرُمُ بِهِنَّ عَلَيْكِ» دَليلِ التحريم بالإيجار؛ لأنه ﷺ لم يرد بقوله «أَرْضِعِيه» الإرضاع من الثدي؛ لأنها أجنبية عنه، وإنما أراد الصب في الحلق، وهو عن الإيجار.
وقيل: أيضاً إن قوله ﷺ: «بَالِغ في الاسْتِنْشَاقِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ صَائِماً» دليل على التحريم بالإسعاط؛ لقياس التحريم بالإسعاط على الإفطار. ورد بأنه قياس مع الفارق، لاعتبار التغذية، ويبعد أن تكون بالإسعاط، وفيه ما تقدم.
استدل أبو حنيفة ـ رضي الله تعالى عنه ـ بقوله ﷺ: «الرضاعة من المجاعة» والإيجار يسد المجاعة، بخلاف الإسعاط ورُدّ بأنه لا فرق في التغذية بين المعدة والدماغ؛ فإن الأدهان إذا وصلت للدماغ ـ انتشرت في العروق، وغذّتها.
والقياس على الحقنة قياسٌ مع الفارق على القول بعدم التحريم بالحقنة، لوجود التغذية بالإسعاط دون الحقنة، وأما على القول بالتحريم بها ـ ففيه أن الحقنة على هذا إنما ثبت بها التحريم؛ قياساً على الإفطار بها، وحينئذ يقال: إن الإسعاط يحصل به الإفطار فلم فرّقت بينهما وقلت: إن الإيجار يحرم دون الإسعاط؟
استدل داود، ومن وافقه بظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ لتبادره في إرضاع الأم. ورد بأن المراد نسبة الإرضاع إلى الأم فالرَّضاع هو صيرورة اللبن جزءاً من الرضيع، وهذا المعنى متحقّق في كل من الإيجار، والإسعاط، وليس المراد الإرضاع بالفعل من الثدي.
ينظر: الرضاع لشيخنا قاسم محمد العبدي.

(٢) في ط: القبل.

وروي عن محمد أنها تحرم، وجه هذه الرواية أنها وَصَلَتْ إلى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم، فصار كما لو وصل من الفم، وجه ظاهرٌ الرواية أن المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذي؛ والحقنة لا تصل إلى موضع الغذاء؛ لأن موضع الغذاء هو المعدة، والحقنة لا تصل إليها، فلا يحصل بها نباتُ اللحم ونشورُ العظم واندفاع الجوع، فلا توجب الحرمة.

ولو جعل اللبن مخيضاً أو رائباً أو شيرازاً أو جبناً أو أقطاً أو مصلاً، فتناوله الصبي لا يثبت به الحرمة؛ لأن اسم الرضاع لا يقع عليه، وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم، ولا يكتفي به الصبي في الاغتداء فلا يحرم.

ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه.

أما إن اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى، فإن اختلط بالطعام فإن مسته النار حتى نضج، لم يحرم في قولهم جميعاً، لأنه تغير عن طبعه بالطبخ، وإن لم تمسه النار فإن كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة؛ لأن الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه، وهو التغذي، فلا يثبت الحرمة، وَإن كان اللبن غالباً للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يثبت.

وجه قولهما: أن اعتبار الغالب وإلحاق المغلوب بالعدم أصل في الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما إذا اخْتَلَطَ بالماء أو بلبن شاة، ولأبي حنيفة أن الطعام وإن كان أقل من اللبن، فإنه يسلب قوة اللبن؛ لأنه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في حس البصر، فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي، فكان اللبن مغلوباً معنى، وإن كان غالباً صورة، وإن اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب، فإن كان اللبن غالباً يحرم؛ لأن هذه الأشياء لا تحل بصفة اللبن وصيرورته غذاء، بل يقدر ذلك؛ لأنها إنما تخلط باللبن ليوصل اللبن إلى ما كان لا يصل إليه بنفسه؛ لاختصاصها بقوة التنفيذ، ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الأشياء أولى، وإن كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة؛ لأن اللبن إذا صار مغلوباً، صار مستهلكاً، فلا يقع به التغذي، فلا تثبت به الحرمة؛ وكذا إذا اختلط بالماء يعتبر في الغالب أيضاً، فإن كان اللبن غالباً يثبت به الحرمة، وإن كان الماء غالباً لا يثبت به، وهذا عندنا.

وعند الشافعيّ: إذا قطر من/ الشدي مقدار خمس رضعات في حب ماء فسقي من الصبي، تَثْبُتُ به الحرمة. ١٣٤أ

وجه قوله: إن اللبن وَصَلَ إلى جوف الصبي بقدره في وقته، فتثبت الحرمة؛ كما إذا كان اللبن غالباً، ولا شك في وقت الرضاع، والدليلُ على أن القدر المحرم من اللبن وصل إلى جوف الصبي أن اللبن، وإن كان مغلوباً فهو موجود شائع في أجزاء الماء، وإن كان لا يرى، فيوجب الحرمة.

ولنا: أن الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذي على ما نطقت به الأحاديث، واللبن المغلوب بالماء لا يغذي الصبي؛ لزوال قوته؛ ألاَ ترى أنه لا يقع الاكتفاء به في تغذية الصبي، فلم يكن محرماً، وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف، وذكر الجصاص أن جراب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما، فأمّا على قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يحرم، وإن كان اللبن غالباً، وقاس الماء على الطعام، وجمع بينهما من حيث إن اختلاطه بالماء يسلب قوته، وإن كان الماء قليلاً؛ كاختلاطه بالطعام القليل، وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف، ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضاً؛ لما ذكرنا، ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى، فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف.

وروي عن أبي حنيفة كذلك، وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعاً، وهو قول زفر.

وجه قول محمد: إن اللبنين من جنس واحدٍ، والجنسُ لا يغلب الجنس، فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكاً، فلا يصير القليل مستهلكاً في الكثير، فيغذي الصبي كل واحد منهما بقدره بإنبات اللحم وإنشار العظم أو سد الجوع؛ لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر.

والدليل على أن خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكاً له، أن من غصب من آخر زيتاً فخلطه بزيتٍ آخر اشتركا فيه في قولهم جميعاً، ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب، فإن كان الغلب هو المغصوب، كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيته، وإن كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكاً فيه، وإن لم يكن له أن يشاركه فيه، ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه، فَدَلَّ ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين، وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء، وهناك الحكم للغالب؛ كذا هٰهنا.

ولمحمد أن يفرق بين الفصلين، فإن اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الإخلال بمعنى التغذي من كلّ واحد منهما بقدره؛ لأن أحدهما لا يسلب قوة الآخر، وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء، واللبن مغلوب؛ لأن الماء يسلب قوة اللبن أو يخل به، فلا يحصل التغذي أو يختل، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو طلق الرجل امرأته ولها لبنٌ من ولد كانت ولدته منه، فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك، فأرضعت صبيّاً عند الثاني، يُنظر إن أرضعت قبل أن تحمل من الثاني، فالرضاعُ من الأول بالإجماع، لأن اللبن نزل من الأول، فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح؛ كما لا يرتفع بالموت؛ وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها؛ كذا هذا.

وإن أرضعت بعد ما وضعت من الثاني، فالرضاع من الثاني بالإجماع؛ لأن اللبن منه ظاهراً.

وإن أرضعت بعد ما حملت من الثاني قَبْلَ أن تضع، فالرضاعُ من الأول إلى أن تضع في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن علم أن هذا اللبن من الثاني بأن ازداد لبنها، فالرضاع من الثاني، وإن لم يعلم، فالرضاع من الأول.

وروى الحسن بن زياد عنه أنها إذا حبلت فاللبن للثاني، وقال محمد وزفر: الرضاعُ منهما جميعاً إلى أن تلد، فإذا ولدت، فهو من الثاني.

وجه قول محمد: أن اللبن الأول باقي، والحمل سبب لحدوث زيادة لبن، فيجتمع لبنان في ثدي واحد، فتثبت الحرمة بهما؛ كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر، بخلاف ما إذا وضعت؛ لأن اللبن الأول ينقطع بالوضع ظاهراً وغالباً، فكان اللبن من الثاني، فَكَانَ الرضاعُ منه.

وجه قول أبي يوسف: أن الحامل قد ينزل لها لبنٌ، فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني، دَلَّ أن الزيادة من الحمل الثاني؛ إذ لو لم يكن لكان لا يزداد، بل ينقص؛ إذ العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد، فكانت الزيادة دليلاً على أنها من الحمل الثاني لا من الأول.

وجه رواية الحسن عنه أن العادة أن بالحمل ينقطع اللبن الأول، ويحدث عند لبن آخر، فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الأول، فكان الرضاع منه لا من الأول.

ولأبي حنيفة: أن نزول اللبن من الأول ثبت بيقين؛ لأن الولادة سبب لنزول اللبن بيقين/ ١٣٤ب عادة، فكان حكم الأول ثابتاً بيقين، فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين، وهو ولادة أخرى لا الحمل، لأن الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل، وقد لا ينزل حتى تضع، والثابت بيقين لا يزول بالشك.

وأما قول أبي يوسف لما ازداد اللبن دَلَّ على حدوث اللبن من الثاني، فممنوعٌ أن زيادة اللبن تدلُّ على حدوث اللبن من الحمل، فإن لزيادة اللبن أسباباً من زيادة الغذاء وجودته، وصحة البدن، واعتدال الطبيعة؛ وغير ذلك، فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة بالشك، فلا ينقطع الحكم عن الأول بالشك، وقد خرج الجواب عما قاله محمد، والله الموفق للصواب.

ويستوي في تحريم الرضاع: الرضاع المقارن للنكاح والطارىء عليه؛ لأن دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما، وبيان هذا الأصل في مسائل: إذا تزوج صغيرة فأرضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه؛ لأنها صارت أختاً له من الرضاع، فتحرم عليه كما في

النسب؛ وكذا إذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع؛ لأنها صارت بنت أخته أو بنت بنته من الرضاعة، وأنها تحرم من الرضاع كما تحرم من النسب.

ولو تزوج صغيرتين رضيعتين، فجاءت امرأة أجنبية فأرضعتهما معاً أو على التعاقب، حُرِّمَتَا عليه؛ لأنهما صارتا أختين من الرضاعة، فيحرم الجمع بينهما في حالة البقاء كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب؛ ويجوز أن يتزوج إحداهما أيتهما شاء؛ لأن المحرم هو الجمع كما في النسب؛ فإن كن ثلاثاً فأرضعتهن جميعاً معاً حرمن عليه؛ لأنهن صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن، وله أن يتزوج واحدة منهن أيتهن شَاءَ؛ لما قلنا.

وإن أرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة، حرمت عليه الأولتان، وكانت الثالثة زوجته؛ لأنها لما أرضعت الأولى ثم الثانية، صَارَتَا أختين فبانتا منه، فإذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختاً لهما؛ لكنهما أجنبيتين فلم يتحقق الجَمْعُ فلا تبين منه؛ وكذا إذا أرضعت البنتين معاً، ثم الثالثة حُرِّمَتَا، والثالثة امرأته؛ لما قلنا ولو أرضعت الأولى ثم الثنتين معاً، حرمن جميعاً؛ لأن الأولى لم تحرم؛ كذا الإرضاع لعدم الجمع، فإذا أرضعت الأخرتين معاً، صرن أخوات في حالة واحدة، فيفسد نكاحهن، ولو كن أربع صبيات فأرضعتهن على التعاقب، واحدة بعد واحدة، حُرِّمْنَ جميعاً؛ لأنها لما أرضعت الثانية فقد صارت أختاً للأولى، فحصل الجمع بين الأختين من الرضاعة، فبانتا، ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختاً للثالثة فحصل الجمع فبانتا، وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسألة التي تليها، وهي ما إذا تزوج صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرةَ.

أما حكم النكاح فقد حرمنا عليه؛ لأن الصغيرة صارت بنتاً لها، والجمع بين الأم والبنت من الرضاع نكاحاً، حرام، كما يحرم من النسب، ثم إن كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج واحدة منهما أبداً؛ كما في النسب وإن كان قبل أن يدخل بالكبيرة، جاز له أن يتزوج الصغيرة لأنها ربيبته من الرضاع لم يدخل بأمِّها، فلا يحرم عليه نكاحها كما في النسب، لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبداً؛ لأنها أم منكوحة من الرضاع، فتحرم بمجرد نكاح البنت، دَخَلَ بها أو لم يدخل بها، كما في النسب.

وَأمَّا حكم المهر: فأما الكبيرة فإن كان قد دَخَلَ بها، فلها جميع مهرها، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد؛ لأن المهر قد تأكد بالدخول، فلا يحتمل السقوط بعد ذلك، فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقةٌ لها؛ لأن السكنى حق الله ـ تعالى ـ فلا تسقط بفعلها، والنفقة تجب حَقّاً لها بطريق[1] الصلة، وبالإرضاع خرجت عن استحقاق الصلة، فإن كان لم يدخل بها، سقط

(١) في ط: بطريقة.

مهرها، فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد؛ لأن الأصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر؛ لأن المبدل يعود سليماً إلى المرأة، وسلامة المبدل لأحد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للآخر؛ لئلا يجتمع المبدل والبدل في ملك واحدٍ في عقد المبادلة؛ كان ينبغي أن لا يجب على الزوج شيء، سواء كانت الفرقة بغير طلاق أو بطلاق، إلا أن الشرع أوجب عليه في الطلاق قبل الدخول مالاً مقدراً بنصف المهر المسمى ابتداء بطريق المتعة صلة لها؛ تطييباً لقلبها لما لحقها من وحشةِ الفراقِ بفواتِ نعمةِ الزوجية عنها من غير رضاها، فإذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاحِ، فلا تستحق شيئاً، وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء.

وقال مالك: لا شيء/ لها، وجه قوله إن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها، ١٣٥أ وهي ارتضاعها؛ لأنه بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم، فتحصل الجزئية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة، وإنما الموجود من المرضعة التمكين من ارتضاعها بإلقامها ثديها، فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط، فلا يجب على الزوج للصغيرة شيء، ولا يجب على المرضعة[1] للزوج[2] شيء أيضاً.

ولنا ما ذكرنا أن الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا؛ وإنما يجب نصف المهر مقدراً بالمسمى ابتداء صلة المرأة؛ نظراً لها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر؛ لأن فعلها لا يوصف بالخطر وليست هي من أهل الرضا لنجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح، فلا تُحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة؛ لأن إقدامها على الإرضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح، وهي من أهل الرضا، وإرضاعها جناية، فلا تستحق النظر بإيجاب نصف المهر لها ابتداء؛ إذ الجاني لا يستحق النظر على جنايته، بل يستحق الزجر، وذلك بالحرمان؛ لئلا يفعل مثله في المستقبل، فلا يجب لها شيء، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد؛ لأن فعلها جناية في الحالين، ويرجع الزوج بما أدى على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد، وإن كانت لم تتعمد لم يرجع عليها؛ كذا ذكر المشايخ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وروي عن محمد: أن له أن يرجع عليها، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد، وهو قولُ زفر، وبشر المريسي، والشافعي.

وجه قولهم إن هذا ضمان الإتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ، والدليل على أن هذا

(١) سقط في أ.
(٢) في ط: الزوج للمرضعة.

ضمان الإتلاف أن الفرقة حصلت من قبلها بإرضاعها؛ ولهذا لم تستحق المهر أصلاً ورأساً، سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد، وإذا كان حصول الفرقة من قبلها بإرضاعها صارت بالإرضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج؛ لأنه كان محتملاً للسقوط بردتها أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبيلها إذا كبرت، فهي بالإرضاع أكدت نصف المهر[1]؛ بحيث لا يحتمل السقوط، فصارت متلفة عليه ماله فتضمن.

وجه قول محمد أنها وإن تعمدت الفساد، فهي صاحبة شرط في ثبوت الفرقة؛ لأن علة الفرقة هي الارتضاع للصغيرة؛ لما بينا، والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط، على أن إرضاعها إن كان سبب الفرقة، فهو سبب محض؛ لأنه طرأ عليه فعل اختياري، وهو ارتضاع الصغيرة، والسبب إذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سبباً محضاً، والسبب المحض لا حكم له، وإن كان صاحب السبب متعمداً في مباشرة السبب، كفتح باب الإصطبل والقفص حتى خرجت الدابة وضلت، أو طار الطير وضاع، ولأن الضمان لو وجب عليها إما أن يجب بإتلاف ملك النكاح، أو بإتلاف الصداق، أو بتأكيد نصفه على الزوج.

لا وجه للأول؛ لأن ملك النكاح غير مضمون بالإتلاف على أصلنا، ولا وجه للثاني؛ لأنها ما أتلفت الصداق، بل أسقطت نصفه والنصف الباقي بقي واجباً بالنكاح السابق، ولا وجه للثالث؛ لأن التأكيد لا يماثل التفويت، فلا يكون اعتداء بالمثل.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الكبيرة وإن كانت محصلة شرط الفرقة، وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد، لكن الأصل أن الشرط مع العلة إذا اشتركا في الحظر والإباحة، أي: في سبب المؤاخذة وعدمه، فإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط.

فأما إذا كان الشرط محظوراً والعلة غير موصوفة بالحظر، فإضافة الحكم إلى الشرط أولى من إضافته إلى العلة؛ كما في حق البئر على قارعة الطريق، فالكبيرة إذا لم تكن تعمدت الفساد، فقد استوى الشرط والعلة في عدم الحظر، فكانت الفرقة مضافة إلى العلة وهي ارتضاعها، وإن كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظوراً، وهو إرضاع الكبيرة، والعلة غير موصوفة بالحظر، وهي ارتضاع الصغيرة، فكان إضافة الحكم إلى الشرط أولى.

وإذا أضيفت الفرقة إلى الكبيرة عند تعمدها الفساد، ووجب نصف المهر للصغيرة على الزوج ابتداء ملازماً للفرقة، صارت الفرقة الحاصلة منها كأنها علة لوجوبه، لا أنه بقي النصف بعد الفرقة واجباً بالنكاح السابق؛ لأن ذلك قول بتخصيص العلة؛ لأنه قول ببقاء نصف المهر

(١) في أ: الصداق.

مع[1] وجود العلة المسقطة لكله وأنه باطلٌ، فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من/ المال على ١٣٥ الزوج؛ إذ الأداء مبني على الوجوب، فيثبت له حق الرجوع عليها، ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بالإجماع، بخلاف ما إذا لم تتعمد الفساد؛ لأن عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة إلى فعل الكبيرة، فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج، فلا يرجع عليها.

وأما مسألة فتح باب الإصطبل والقفص، فكما يلزمهما يلزم محمداً لأن عنده يضمن الفاتح، وإن اعترض على الفتح فعل اختياري، فقد خرج الجواب عن الباقي فافهم.

ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة أشياء: بعلمها بنكاح الصغيرة، وعلمها بفساد النكاح بإرضاعها، وعدم الضرورة، وهي ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لو لم ترضعها، والقول قولها في أنها لم تتعمد الفساد مع يمينها؛ لأن الزوج بدعوى تعمد الفساد يدَّعي عليها الضمان، وهي تنكر، فكان القولُ قولَها.

وعلى هذا حكم المهر والرجوع في المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف، ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتهما الكبيرة، فإن فأرضعتهما معاً حُرِّمْنَ عليه؛ لأنهم جميعاً صارتا بنتين للمرضعة، فصار جامعاً بينهن نكاحاً فحرمن عليه، ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبداً، سواء كان دخل بها أو لم يدخل بها؛ لأنها أم منكوحته، فتحرم بنفس العقد على البنت، ولا يجوز له أن يجمع بين الصغيرتين نكاحاً أبداً؛ لأنهما صَارَتَا أختين من الرضاع، ويجوز أن يتزوج بإحْدَاهما إن كان لم يدخل بالكبيرة؛ لأنها ربيبته من الرضاع، فلا تحرم بمجرد العقد على الأم كما في النسب وإن كان قد دخل بها لا يجوز كما في النسب، وإن أرضعتهما على التعاقب واحدة بعد أخرى، فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الأولى؛ لأنها لما أرضعت الأولى، صارت بنتاً لها، فحصل الجمع بين الأم والبنت، فَبَانَتَا منه.

وأما الصغيرة الثانية: فإنما أرضعتها بعد ما بانت الكبيرة، فلم يصر جامعاً، لكنها ربيبته من الرضاع؛ فإن كان قد دَخَلَ بأمِّها تحرم عليه، وإلا فلا، ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك، ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا.

ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات، فأرضعتهن على التعاقب واحدة بعد أخرى، حرمن عليه جميعاً؛ لأنها لما أرضعت الأولى صارت بنتاً لها، فحصل الجمع بين الأم والبنت، فَحُرِّمَتَا عليه، ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الأولى مبانتان، فلا يحرم بسبب

(١) في ط: على.

الجمع لعدم الجمع، ولكن ينظر إن كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال؛ لأنها ربيبته، وقد دخل بأمها، وإن كان لم يدخل بأمِّها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة، فإذا ارتضعت الثالثة حُرِّمْنَا عليه؛ لأنهما صارتا أختين، والحكم في تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج إحدى الصغائر ما ذكرنا.

ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان إلى إحدى الصغيرتين فأرضعتاها إحداهما بعد أخرى، ثم أرضعنا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى، بانتِ الكبيرتان والصغيرة الأولى، والصغيرة الثانية امرأته؛ لأنهما لما أرضعتا الصغيرة الأولى صارت كُلُّ واحدة من الكبيرتين أم امرأته، وصارت الصغيرة بنت امرأته، فصار جامعاً بينهن، فحرمن عليه، فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة، فلم يصر جامعاً، فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع، ولكنها ابنة منكوحة كانت له، فإن كان لم يدخل بها لا تحرم عليه، وإن كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال، والأمر في جواز نكاح الصغيرة الأولى على التفصيل الذي مَرَّ.

ولو كانت إحدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدةً بعد الأخرى، ثم أرضعت الكبيرة الأخرى الصغيرتين واحدةً بعد الأخرى، يُنظر إن كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتي بدأت بها الكبيرة الأولى، بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى، والصغيرة الأخرى امرأته، وإن كانت بدأت بالتي لم تبدأ بها الأولى، حُرِّمْنَ عليه جميعاً؛ وإنما كان كذلك لأن الكبيرة الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى فقد صارت بنتها، فحصل الجمع بين الأم والبنت، فحرمنا عليه، فلما أرضعت الأخرى أرضعتها وهي أجنبيةٌ، فلم يتحقق الجمع، لكن صارت الأخرى ربيبته، فإن كان لم يدخل بأمها لا تحرم، وإن كان قد دخل بها تحرم، فلما جاءت الكبيرة الأخيرة فأرضعت الصغيرة الأولى فقد صارت أم منكوحته، فحرمت عليه، فلما أرضعت الصغيرة الأخرى فقد أرضعتها وهي أجنبيةٌ، فصارت ربيبته، فلا تحرم إذا كان لم يدخل بأمِّها، وإن كان قد دخل بأمها/ تحرم، وإذا كانت الكبيرة الأخيرة بدأت بالتي لم تبدأ بها الكبيرة الأولى، فقد صارت بنتاً لها، فصار جامعها مع أمها، فَحُرِّمَتَا عليه؛ كما حرمت الكبيرة الأولى مع الصغيرة الأولى، فحرمن جميعاً.

١٣٦أ

ولو كان تحته صغيرة وكبيرة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة بَانَتَا؛ لأنهما صَارَتَا أختين، وكذا إذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة؛ لأنها صارت بنت أخت امرأته، والجمع بين المرأة وبين بنت أختها لا يجوز في الرضاع؛ كما لا يجوز في النسب، ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن؛ لأنها صارت بنت عمة امرأته أو بنت خالتها، ويجوز للإنسان أن يجمع بين امرأة وبين بنت عمتها أو بنت خالتها في النسب؛ فكذا في الرضاع.

ولو طلق رجلٌ امرأته ثلاثاً، ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة، بانت الصغيرة؛ لأنها صارت بنتاً له، فحصل الجمع في حال العدة، والجمع في حال قيام العدة كالجمع في حال قيام النكاح.

ولو زوج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن فارتدَّتْ وبانت من الصبي، ثم أسلمت فتزوجها رجلٌ فحبلت منه، ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها، حرمت على زوجها الثاني؛ كذا روى بشر بن الوليد عن محمد؛ لأن الصبي صار ابناً لزوجها، فصارت هي منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه.

ولو زَوَّجَ رجلٌ أم ولده مملوكاً له صغيراً، فأرضعته بلبن السيد، حرمت على زوجها وعلى مولاها؛ لأن الزوج صار ابناً للمولى[1] فصارت هي موطوءة أبيه فتحرم عليه، ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين؛ لأنها منكوحة ابنه، ولو تزوج صغيرة فطلقها، ثم تزوج كبيرة لها لبنٌ فأرضعتها، حرمت عليه؛ لأنها صارت أم منكوحة كانت له، فتحرم بنكاح البنت، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل فيما يثبت به الرضاع

وأما بيان ما يثبت به الرضاع، أي يظهر به، فالرضاع يظهر بأحد أمرين:

أحدهما الإقرار.

والثاني البينة.

أما الإقرار فهو أن يقول لامرأةٍ تزوجها هي أختي من الرضاع، أو أمي من الرضاع، أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك، ويصبر عليه فيفرق بينهما؛ لأنه أقر ببطلان ما يملك إبطاله للحال فيصدق فيه على نفسه، وإذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها، فلا يكون في إبقاء النكاح فائدة، فيفرق بينهما، سواء صدقته أو كذبته، لأن الحرمه ثابتة في زعمه، ثم إن كان قبل الدخول بها، فلها نصف المهر[2] إن كذبته؛ لأن الزوج مصدق على نفسه لا عليها بإبطال حقِّها في المهر، وإن كان بعد الدخول بها، فلها كمال المهر والنفقة والسكنى؛ لأنه غيرُ مصدق بإبطال حقها، فإن أقر بذلك، ثم قال: أوهمت، أو أخطأت، أو غلطت، أو نسيت، أو كذبت، فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا.

وقال مالك والشافعي: يفرق بينهما، ولا يصدق على الخطأ وغيره.

---

(١) في ط: لزوجها.

(٢) في أ: الصداق.

وجه قولهما إنه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع؛ كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بأن قال لامرأته: كنتُ طلقتك ثلاثاً، ثم قال: أو همت، والدليل عليه إنه لو قال لأمته: هذه امرأتي، أو أمي، أو أختي، أو ابنتي، ثم قال: أو همت، إنه لا يصدق وتعتق؛ كذا هٰهنا.

ولنا أن الإقرار إخبار، فقوله: هذه أختي، إخبار منه أنها لم تَكُنْ زوجته قَطُّ؛ لكونها محرمة عليه على التأبيد، فإذا قال: أو همت، صار كأنه قال: ما تزوجتها، ثم قال: تزوجتها وصدقته المرأة، ولو قال ذلك يقرّان على النكاح؛ كذا هذا بخلاف الطلاق؛ لأن قوله كنت طلقتك ثلاثاً إقرارٌ منه بإنشاء الطلاق الثلاث من جهته، ولا يتحقق إنشاء الطلاق إلا بعد صحة النكاح، فإذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لأمته هذه أمي أو ابنتي؛ لأن ذلك لا يقتضي نفي الملك في الأصل.

ألا ترى أنها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة، جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته، فتضمن هذا اللفظ منه إنشاء العتق عليها، فإذا قال: أوهمت لا يصدق؛ كما لو قال هذه حرة، ثم قال أوهمت.

وكذلك إذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح، فقال: هذه أختي من الرضاع، أو أمي، أو ابنتي، وأصَّر على ذلك وداوم عليه، لا يجوز له أن يتزوجها، ولو تزوجها يفرق بينهما، ولو قال: أو همت، أو غلطت، جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا، ولو جحد الإقرار فشهد شاهدان على إقراره فرق بينهما.

وكذلك إذا أقر بالنسب، فقال: هذه أمي من النسب، أو بنتي، أو أختي، وليس لها نسب معروف، وأنها تصلح بنتاً له أو أماً له، فإنه يسأل مرة/ أخرى، فإن أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما؛ لظهور النسب بإقراره مع إصراره عليه، وإن قال: أو همت، أو أخطأت، أو غلطت بصدق ولا يفرق بينهما عندنا؛ لما قلنا، وإن كان لها نسب معروف، أو لا تصلح أمّاً أو بنتاً له لا يفرق بينهما، وإن دام على ذلك لأنه كاذب في إقراره بيقين، والله أعلم. ١٣٦ب

وأما البينة فهي أن يشهد على الرضاع رجلان، أو رجلٌ وامرأتان، ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن، وهذا عندنا.

وقال الشافعي يقبل فيه شهادة أربع نسوة، وجه قوله إن الشهادة على الرضاع شهادة على عورة، إذ لا يمكن تحمل الشهادة إلاّ بعد النظر إلى الثدي وأنه عورة، فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة[1].

---

(١) الشهادة إما على الإقرار به، أو على نفس الرضاع:

....

= أما على الإقرار به ـ فلا يقبل فيها النّساء؛ لأن الإقرار به مما يطلع عليه الرجال غالباً؛ فلا يثبت إلا بشهادة رجلين، ولا يشترط التعرض لشُروطه الفقيه وغيره، سواء في ذلك على المعتمد، وقيل: يشترط في غير الفقيه التعرض لها. وأما الشهادة على نفس الرضاع: فتثبت برجلين، وبرجل وامرأتين، وبأربع نسوة، وإنما قبل فيها النساء؛ لاختصاص النساء بالإطلاع عليه غالباً.

وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى: لا تُقْبل شهادة النساء فقط؛ لجواز أنْ يطلع عليه الرجال المحارم؛ فلا يقبل فيه النساء على الانفراد، كالذي يجوز أن يطلع عليه الرجال الأجانب.

استدل إمامنا الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ بالقياس على الولادة؛ بجامع أن كلاً من عورات النساء اللاتي يستترن فيه صيانة، بخلاف الزنا، فإن وإن كان من العورات ويستترن فيه، إلا أن فيه هتكاً للمحرمات، فلم يقبل فيه إلا الرجال.

وتقل شهادة الرجال، وإن تعمدوا النظر لثدي المرأة وأصروا؛ لأنه من الصغائر؛ فلا تسقط العدالة به؛ حيث غلبت طاعاته على معاصيه.

وقال الماوردي: لا تقبل إلا إذا لم يتعمدوا النظر، وإن تعمدوا النظر لغير الشهادة ـ فهم فسقة، لا تقبل شهادتهم، وإن تعمدوه للشهادة ـ ففي قبول الشهادة لأصحاب الشافعي وجهان:

«أحدهما»: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنهم فسقة لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم تعمدوا النظر إلى عورة محرمة عليهم.

«ثانيهما»: وهو قول أبي إسحاق المروزي: قبول شهادتهم، لأنهم على العدالة؛ لما في النظر من الأحكام التي يلزم حفظها في حقوق الله ـ تعالى ـ وحقوق الآدميين.

خلاف الفقهاء في بينة الرضاع إذا تمحضت في النساء».

قد اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال:

الأول: وهو مذهب إمامنا الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ: أنه لا يقبل منهن أقل من أربع.

الثاني: الاكتفاء بثلاث، وهو قول أبي الحسن البصري، وعثمان الليثي ـ رحمهما الله.

الثالث: قبول امرأتين، وهو مذهبُ سيِّدنا مالك ـ رضي الله تعالى عنه ـ.

الرابع: الاكتفاء بواحدة، وهو قولُ الأوزاعي، وقول الإمام أحمد ـ رضي الله تعالى عنه ـ بشرط أن تكون هي المرضعة احتج إمامنا الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ بقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾ وجه الدلالة: أنه أقام امرأتين مقام الرجل، ولم يقبل من الرجال أقل من اثنين، فوجب ألا يَقْبَلَ من النساء أقل من أربع.

واستدل من قال بالثلاث بأن الرجل والمرأتين بينة كاملة، وقد اكتفى بالنساء في هذا الموضع، فلو أبدل الرجل بامرأة ـ صرن ثَلاثَاً.

واستدلّ من اعتبر الاثنين بما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله تعالى عنه ـ أن امرأة شهدت عنده بأنها أرضعت رجلاً وامرأة؛ فقال: اطلبوا لي معها أخرى، ولم يفسخ النكاح وبأنهن أقمن في هذا الموضع مقام الرجال، فاكتفى بعدد الرجال.

واستدل من اكتفى بالواحدة بأن الرسول ﷺ اكتفى بشهادة القابلة: وبأنه قد اقتصر على النساء؛ للضرورة؛ فاكتفى بالواحدة للضرورة. واستدل أيضاً بما رواه ابن أبي مليكة، عن ابن مريم قال: «تزوجت امرأة فجاءت سوداء؛ فقلت: إني أرضعتكما؛ فجئت إلى النبي ﷺ فقلت: إن سوداء قالت كذا، وهي كاذبة، =

ولنا ما رَوَىٰ محمدٌ عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: لا يُقْبَلَ على الرضاع أقلُّ من شاهدين[١]، وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابة، ولم يظهر النكير من أحد فيكون إجماعاً؛ ولأن هذا بابٌ مما يطلع عليه الرجال، فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال؛ وإنما قلنا ذلك لأن الرضاع مما يطلع عليه الرجال، أما ثدي الأمة فلأنه يجوز للأجانب النظر إليه، وأما ثدي الحرة فيجوز لمحارمها النظر إليه، فثبت أن هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال، فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد؛ لأن قبول شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة، وهي ضرورة عدم إطلاع الرجال على المشهود به، فإذا جاز الإطلاع عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة، بخلاف الولادة، فإنه لا يجوز لأحد فيها من الرجال الإطلاع عليها، فدعت الضرورة إلى القبول.

فإذا شهدت امرأة على الرضاع، فالأفضل للزوج أن يفارقها؛ لما روي عن محمدٍ أنَّ عقبةَ بن الحارث قال: تَزوَّجْتُ بنت أبي إهاب، فجاءت امرأة سوداء فقالت: إني أرضعتكما، فذكرت ذلك لرسولِ الله ﷺ، فقال ﷺ: «**فَارِقْهَا**» فقلت: إنها امرأةٌ سوداءٌ، وإنها كيت وكيت، فقال ﷺ: «**كَيفَ وَقَدْ قِيلَ**»[٢].

وفي بعض الروايات، قال عقبة: فذكرتُ ذلك لرسولِ الله ﷺ فأعرض، ثم ذكرته

= فقال النبي ﷺ: «دَعْهَا لاَ خَيْرَ لَكَ فِيهَا».

وأجيب عن ذلك بجوابين:

الأول: أن قول النبي ﷺ: «دَعْهَا لاَ خَيْرَ لَكَ فِيهَا» يدل على الاختيار والاستحباب دون الإلزام؛ لقوله: «لاَ خَيْرَ لَكَ فِيهَا» ولو كانت محرمة باتباع شهادتها ـ لألزمه بالفرقة.

الثاني: أن الشاهدة كانت أمة، ولا تقبل شهادة الأمة باتفاق وأيضاً قد روى الحديث ابن جريج، عن ابن أبي مليكة أن عقبة بن الحارث أخبره أنه نكح أم يحيى بنت أبي إهاب، فقالت لأمة سوداء: قد أرضعتكما، قال: فجاءت رسول الله فذكرت له ذلك؛ فأعرض عنها، قال: فجئت فذكرت له، فقال: «كَيْفَ وَقد زَعَمَتِ السَّوْدَاءُ أَنَّهَا أَرْضَعَتْكُمَا» فدل ذلك على أن النهي لم يكن للتحريم، وإنما كان للاحتياط.

ينظر: الرضاع لشيخنا قاسم محمد العبدي.

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٤٦٣) كتاب الرضاع: باب شهادة النساء في الرضاع.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ١٥٢) كتاب النكاح ـ باب شهادة المرضعة حديث (٥١٠٤) والطيالسي ص (١٩٠) حديث (١٣٣٧) وأحمد (٤/ ٧) والدارمي (٢/ ١٥٧، ١٥٨) كتاب النكاح: باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع. وأبو داود (٤/ ٢٧، ٢٨) كتاب الأقضية ـ باب الشهادة في الرضاع. حديث (٣٦٠٣) والترمذي (٣/ ٤٥٧) كتاب الرضاع ـ باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع حديث (١١٥١) والنسائي (٦/ ١٠٩) كتاب النكاح ـ باب الشهادة في الرضاع ـ والبيهقي (٧/ ٤٦٣) كتاب الرضاع ـ باب شهادة النساء في الرضاع من حديث عقبة بن الحارث.

فأعرض، حتى قال في الثالثةِ أو الرابعةِ: **«فَدَعْهَا إذَنْ»**[١] وقوله: **«فَارِقْهَا أو فَدَعْهَا إذَنْ»** ندب إلى الأفضل والأولى؛ ألا ترى أنه ﷺ لم يفرق بينهما، بل أعرض، ولو كان التفريق واجباً [لفرق و][٢] لما أعرض فدل قولهُ ﷺ: **«فَارِقْهَا»** على بقاء النكاح، وروي أن رجلاً تزوج امرأةً، فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتهما، فسأل الرجل علياً - رضي الله عنه - فقال: هي امرأتُكَ، ليس أحدٌ يحرمها عليك، فإن تَنَزَّهْتَ فهو أفضل، وسأل ابن عباس - رضي الله عنهما - فقال له مثل ذلك، ولأنه يحتمل أن تكون صادقة في شهادتها، فكان الاحتياطُ هو المفارقةُ، فإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر، إن كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح، لاحتمال كذبها في الشهادة، والأفضل لها أن لا تأخذ شيئاً منه؛ لاحتمال فساد النكاح؛ لاحتمال صدقها في الشهادة، وإن كان بعد الدخول، فالأفضل للزوج أن يعطيهَا كمال المهر والنفقة والسكنى؛ لاحتمال جواز النكاح، والأفضل لها أنْ تأخذ الأقل من مهر مثلها، ومن المسمى، ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد، وإن لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها؛ لأن النكاح قائمٌ في الحكم؛ وكذا إذا شهدت امرأتان، أو رجل وامرأة، أو رجلان غير عدلين، أو رجل وامرأتان [وهم][٣] غير عدول؛ لما قلنا.

وإذا شهد رجلان عدلان، أو رجلٌ وامرأتان، وفرق بينهما، فإن كان قبل الدخول بها، فلا شيء لها؛ لأنه تبين أن النكاح كان فاسداً، وإن كان بعد الدخول بها، يجبُ لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل، ولا تجب النفقة والسكنى في سائر الأنكحة الفاسدة، والله - عزَّ وجلَّ - أعلم.

---

(١) ينظر الحديث السابق.

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

كِتَابُ النَّفَقَةِ(1)

النفقة أنواع أربعة: نفقة الزوجات، ونفقة الأقارب، ونفقة الرقيق، ونفقة البهائم والجمادات.

أما نفقة الزوجات: فالكلام فيها يقع في مواضع: في بيان وجوبها، وفي بيان سبب الوجوب، وفي بيان شرائط الوجوب، وفي بيان مقدار الواجب منها، وفي بيان كيفية وجوبها، وبيان سبب الوجوب، وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها، وصيرورتها ديناً في الذمة.

---

(1) قال الجوهري في «الصحاح»: نَفَقَ البَيْعُ نَفَاقاً، بالفتح؛ أي راج. والنفاق بالكسر فعل المنافق. والنفاق أيضاً جمع النفقة من الدراهم ـ ثم قال: «وقد أنفقت الدراهم من النفقة ا هـ».

وقال المجد في «القاموس»: «النَّفَقَةُ، ما تُنْفِقُهُ من الدراهم ونحوها» ثم قال: «وأَنْفَقَ: افتقر، وماله: أنفده، كاستنفقه. ا هـ».

وقال ابن منظور في «لسان العرب»: «أنفق المال: صَرَفه» وفي التنزيل: إِذَا قِيلَ لهم: ﴿أنفقوا مما رزقكم الله﴾ أي: أنفقوا في سبيل الله وأطعموا، وتصدقوا. واستنْفَقَهُ: أَذْهَبَهُ. والنَّفَقَةُ: ما أُنْفِقَ والجمع، نِفَاقٌ» ـ ثم قال: «وقد أَنْفَقْتُ الدراهم، من النَّفَقَةِ والنَّفَقَةُ: ما أَنْفَقْتُ، واسْتَنْفَقْتَ على العيال، وعلى نفسك ا هـ».

ويستفاد من هذه النصوص، أن النفقة اسم لما تصرفه من الدراهم، أو نحوها على نفسك، أو غيرك.

واصطلاحاً:

عند الشافعية: قال الشرقاوي في حاشيته على شرح التحرير.

النفقة: طعام مقدر لزوجة وخادمها على زوج، ولغيرها من أصل وفرع، ورقيق، وحيوان ما يكفيه.

وعند الحنفية: في تنوير الأبصار مع شرح الدر المختار: هي الطعام والكسوة والسكنى، وعرفاً: هي الطعام.

عند المالكية: في شرح «الخرشي على مختصر خليل»: النفقة مطلقاً ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سَرَفٍ.

عند الحنابلة: في «الإقناع والمنتهى»: هي كفاية من يمونه، خبزاً، وأدماً وكسوة، ومسكناً، وتوابعها.

ينظر: الصحاح ٤/ ٥٦٠، والمغرب ٢/ ٣١٩، والقاموس المحيط ٣/ ٢٩٦ وأنيس الفقهاء ص ١٦٨، والدرر ١/ ٤١٢.

أما وجوبها[١]: فقد دل عليه الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

أما الكتاب العزيز: فقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:٦] أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة: والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق/ ؛ ١٣٧أ لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب، وفي حرف عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ: «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهم من وجدكم»، وهو نص، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق:٦] أي لا تضاروهن في الإنفاق عليهن، فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن، أو لا تضاروهن في المسكن، فتدخلوا عليهن من غير استئذان، فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن.

وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢] [البقرة:٢٣٣]

---

(١) وجوب نفقة الزوجة على الجملة، مما لا خلاف فيه بين المسلمين، وقد حكي الإجماع عليه غير واحد.
وإنما قلت على الجملة؛ لأن في بعض الصور خلافاً، كالناشزة، والصغيرة، وزوجة المعسر.
ومثل الزوجة المعتدة الرجعية، لم أر خلافاً في وجوب نفقتهما، أما المعتدة البائن، ـ حائلاً أو حاملاً ـ ففيها خلاف.

(٢) هذه الجملة الشريفة من الآية: ﴿وَالْوَالِدَاتُ﴾. ذكرت في كتب الشافعية، والحنفية، والمالكية دليلاً على وجوب نفقة الزوجة، وقبل بيان دلالتها يحسن بي أن أذكر تمهيداً لذلك؛ فأقول:
إن المولود له هو: الوالد، وإنما عبر عنه بالمولود له، دون الوالد، والأب، للإشعار بأن الأولاد لهم يُدعون، وإليهم ينسبون، والأمهات أوعية مستودَعة لهم، وللتنبيه على علة وجوب النفقة؛ كأنه يقول: إن هؤلاء الوالدات، إنما حملن، وولدن لك أيها الرجل؛ فعليك أن تنفق عليهن ما يكفيهن من الطعام واللباس. والضمير في «رزقُهُنّ» و«كِسْوَتَهُنّ» عائد إلى الوالدات في صدر الآية، وقد اختلف المفسرون في المراد بالوالدات، فقيل: المطلقات، وقيل: الزوجات، وقيل: ما يعمهما.
وأما من قال: إن المراد بالوالدات: المطلقات ـ فقد استند إلى أوجه ثلاثة:
الأول: إن الله ـ تعالى ـ ذكر هذه الآية عقب آيات الطلاق؛ فكانت من تتمتها.
ويرد عليه: أن هذا التعقيب إنما يقتضي تعلق الحكم المذكور هنا بالمطلقات، لا تخصيصه بهن، إذ يكفي في المناسبة، أن تكون الآية السابقة في الطلاق، وتكون هذه الآية في حكم يتعلق بالمطلّقات مضموماً إليهن الزوجات... على أنه يكفي في المناسبة أن تكون هذه الآية واردة في أحكام شرعية هامة، كطلب الإرضاع، والنفقة، وعدم المضارّة، والآيات السابقة واردة في أحكام كذلك، إلا أنها تختص بالطلاق والمطلقات، ولا يجب أن يكون المحدَّث عنه واحداً.
الثاني: إن إيجاب الرزق، والكسوة للزوجات. إنما هو بالزوجية، لا بالرضاع، فتخصيصه في الآية بالمرضعات، كما هو ظاهر السياق يقتضي أنهن مطلقات لا زوجات.
ويرد عليه: أنا لا نسلم تخصيصه بالمرضعات، والسياق لا يوجب ذلك، فإن الضمير في قوله: ﴿رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ﴾ يرجع إلى الوالدات المأمورات بإرضاع أولادهن، وأمرهن بالإرضاع. لا يقتضي حصوله =

....

= «فعلى المولود له رزقهن وكسوتهن» سواء أأرضعن، أم لا. وإنما يخص المرضعات لو قال: ﴿فَعَلى الْمَوْلُودِ له﴾ فالفاء قد تفيد الترتيب على الرضاع، أو قال: ﴿وَعَلَى المُرْضِعِ له﴾ فالوصف قد يشعر بالتعليل، أو قال: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ أجُورَهُنَّ﴾ فلفظ الأجور يقتضي المقابلة بالرضاع، وليس في الآية شيء من ذلك.

على أنه لو سلم تخصيص الإيجاب بالمرضعات في الآية ـ فالحكمة فيه أنَّ الزوجة، قد تشتغل بالرضاع عن بعض حقوق الزوج، فيتوهم سقوط نفقتها، كالناشزة، فرفع ذلك التوهم بالتنصيص على وجوب النفقة في هذه الحالة؛ لأن الاشتغال بالرضاع إنا هو اشتغال بمصلحة الزوج؛ كما لو سافرت بإذنه لحاجة، وهذه الحكمة كافية في التنصيص على حالة الرضاع، وإن لم تعم كل الوالدات. . . وأيضاً أجور الرضاع تابعة للاتفاق عليها بين الآباء والمرضعات، فكيف يعبر عنها: بقوله سبحانه: ﴿رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوْفِ﴾؟! إلا أن يقال: إن من التعبير عن الأجرة بمصرفها، وفيه ما فيه.

الثالث: إن المطلقة، قد تهمل العناية بالولد، وتدع إرضاعه، إمَّا نكاية بالمطلِّق، وإما رغبةٍ في التزوج بأخر؛ حيث يحول الولد دون ذلك غالباً؛ ولذا جاء النهيُ عن المضارة عقب ذلك في الآية الكريمة؛ فالأمر بالإرضاع، إنما يناسبها دون الزوجة التي تقوم برعاية طفلها، وإرضاعه من غير حاجة إلى حث عليه.

ويرد عليه: إن إهمال المطلقة العناية بولدها لا يستدعي تخصيص الأمر بها؛ إذ يكفي أمرها في ضمن أمر الوالدان عموماً.

على أن الزوجة: قد تهمل الولد؛ تكبراً، أو تهمل إكمال مدة الرضاع ـ عند رغبة الزوج في ذلك ـ تكاسلاً، أو تدع ذلك مضارة لزوجها الممسك لها، لنفورها منه، وميلها إلى إغضابه، ليطلقها، فالحاجة داعية إلى أمرها أيضاً.

على أنه قد يكون الأمر في الآية للآباء بأن لا يعارضوا الوالدات عند رغبتهن في الإرضاع، والمعارضة قد تحدث من الأزواج، والمطلقين لبعض الأغراض، فالجميع مأمورون بتمكين الوالدات ـ زوجات ومطلقات ـ من إرضاع أولادهن.

وبهذا ظهر: أن الأوجه الثلاثة التي استمسك بها ليس بها استمساك.

أما من قال: إن المراد بالوالدات: الزوجات ـ فوجهة أن إيجاب الرزق، والكسوة، إنما يناسب الزوجة لا المطلقة، لأن المطلقة إذا أرضعت ـ فإنما تستحق الأجرة، لا مجموع الرزق والكسوة.

ويرد عليه: إنا لا نسلِّم أن إيجاب الرزق، والكسوة لا يناسب المطلقة، اللهم إلا إذا انقضت عدتها ـ فحينئذ لا رزق ولا كسوة لها اتفاقاً. فأما المطلقة التي في العدة، فإن كانت رجعية، فهي كالزوجة، وإن كانت بائناً ـ ففيها خلاف، فقوله: «إن المطلقة إذا أرضعت إنما تستحق الأجرة، لا الرزق، والكسوة». إنْ أراد به التي انقضت عدتها ـ فمسلَّم، ولا يضر، وإن أراد به التي في العدة ـ لم يصح. . . ثم إنه مبني على فهمه: أن وجوب الرزق، والكسوة في الآية، معلق على الإرضاع: بدلالة السياق وفيه نظر.

وأما من قال: إن المراد ما يعم الزوجة، والمطلقة ـ فوجهته أن اللفظ عامٌ، ولم يقم دليل على تخصيصه بأحدهما؛ فوجب تركه على عموم.

ولا إخال من أمعن النظر فيما مضى من المناقشة إلا مختاراً لهذا القول، مرجحاً له على سابقيه. =

وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق:٧] وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[(١)] [البقرة:٢٢٨] قيل: هو المهر والنفقة.

وأما السنة: فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ؛ فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ، لاَ يَمْلِكْنَ لأَنْفُسِهِنَّ شَيْئاً؛ وإِنَمَا أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، لَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقٌّ أَلاَّ يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَداً وَلاَ يَأْذَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لأَحَدٍ تَكْرَهُونَهُ، فَإِنْ خِفْتُمْ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهِنَّ**

= إذا تمهّد هذا، فوجه دلالتها على وجوب نفقة الزوجات، ومن في حكمها من المطلقات: أنها إخبار من الله ـ عز وجل ـ بأنه يجب على المولود له من زوج، ومطلق رزق الوالدات، وكسوتهن بالمعروف؛ فهي تدل على بعض المدعي، وهو وجوب نفقة الوالدات» وهذا هو المقصود من الاستدلال بها.

وهٰهنا اشكالات: ـ **الأول** ـ: أن الوالدات يشملن أزواج المفسرين، والنواشز، والبوائن المعتدات، وفي وجوب النفقة لهن خلاف بين العلماء، ويشمله أيضاً، البوائن الّلاتِي لا عدة لهن، واللاتي انقضت عدتهن، ولا نفقة بالاتفاق، فكيف يتأتى هذا مع دلالة الآية ظاهراً على وجوب نفقة الوالدات عموماً؟!

ويجاب: بأن العموم مخصوص بالأدلة الدالة على إخراج من لا نفقة لهن، وهذا لا يقدح في دلالة الآية؛ لأن العام المخصوص حجة فيما بقي.

الثاني: أن في الآية ترتيب حكم ـ وهو وجوب الرزق والكسوة على مشتق ـ وهو المولود له ـ وذلك دليل على حلية المشتق منه ـ وهو الولادة ـ وإذا كانت الولادة، علة لوجوب الإنفاق على الوالدات ـ لم تجب النفقة لغير الوالدات؛ من زوجات ومطلقات؛ لانتفاء علة الوجوب.

(ويجاب): بأن المقصود الأصلي من شرع الزواج، هو التناسل، وما عقد الزوجية، والاحتباس، والتمكين، إلا وسائل لهذا المقصود، فالعلة الحقيقية لوجوب نفقة الزوجات، إنما هي الولادة، وهذا لا يمنع وجوبها للوسائل، تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب. وانتفاء العلة، إنما يوجب انتفاء المعلول، لو لم يقم غيرها مقامها، وهٰهنا قام عقد الزوجية، أو الاحتباس، أو التمكين، مقام الولادة للأدلة الدالة على ذلك.

ومن هنا يعلم أن وصف «المولود له» ووصف «الوالدات» بالنظر للرزق والكسوة. لا مفهوم لهما.

(الثالث): أن الرزق، والكسوة، معلّقان على الرضاع، كما يدل عليه السياق، فهما إذاً جزاء الإرضاع، لا الزوجية.

(ويجاب): بأنا لا نسلم دلالة السياق على هذا التعليق. وقد مرَّ إيضاحه.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد.

(١) وجه الدلالة: إن الآية مسوقة لبيان بعض التشريع الخاص بالزوجات، وجاء في سياقها هذه القاعدة الجليلة، وليس المراد بالمماثلة فيها، المماثلة في أعيان الحقوق وأشخاصها، وإنما المراد: أن الحقوق بينهما متبادلة، فما من عمل يجب على المرأة للرجل إلا وعلى الرجل عمل يقابله لها، إن لم يكن مثله في شخصه، فهو مثله في جنسه.

وقد أحال في معرفة ما لهن، وما عليهن على المعروف بين الناس في معاشراتهم، ومن المعروف لهن الإنفاق فهو واجب لهن.

وَاهجُرُوهُنَّ في الْمَضَاجِعِ وَاضرِبُوهُنَّ ضَرْباً غيرَ مُبرِّحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ كِسْوتُهُنَّ وَرِزْقُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ[١]، **ثُمَّ قَالَ ثَلاثَاً: أَلاَ هَلْ بَلَّغْتُ**»[٢]، ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسيراً لما أجمل الحق في قوله: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾[البقرة: ٢٢٨]؛ فكان الحديث مبنياً لما في الكتاب أصله.

وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلاً جَاءَ إِلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: مَا حَقُّ الْمَرْأَةِ عَلَىٰ الزَّوْجِ؟ فَقَالَ ﷺ: «**يُطْعِمُهَا إِذَا طَعِم، وَيَكْسُوهَا إِذَا كُسِي**[٣]، **وَأَلاَ يَهْجُرَهَا إِلاَّ فِي الْمَبِيتِ**[٤]، **وَلاَ يَضْرِبْهَا وَلاَ يُقَبِّحَ**»[٥]، وقال النبي ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «**خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُفِ**»[٦]، ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ

---

(١) وجه الدلالة: أن قوله ﷺ: «**وَلَهُنَّ عَلَيكُم رِزقهُنَّ**» صريح في وجوب إطعام النساء وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوف، وقوله قبل ذلك: «**ولَكُمْ عَلَيهِنَّ الخ**» يدل على وجوب الإسكان، وما النفقة إلا هذه الأمور، وتوابعها.

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ٤١٨) في أحاديث الأنبياء، باب خلق آدم وذريته (٣٣٣١) و(٩/ ١٦٠) في النكاح، باب المداراة مع النساء (٥١٨٤). وباب الوصاة بالنساء (٥١٨٦) ومسلم (٢/ ١٠٩٠ ـ ١ ـ ١٠٩١) في الرضاع، باب الوصية بالنساء (١٤٦٨) والترمذي (٣/ ٤٩٣ ـ ٤٩٤) في الطلاق، باب ما جاء في مدارة النساء (١١٨٨) وأحمد (٢/ ٤٢٨، ٤٤٩، ٤٩٧) والدارمي (٢/ ١٤٨) في النكاح، باب مداراة الرجل أهله ـ من طرق عن أبي هريرة رفعه ـ واللفظ لمسلم ـ إن المرأة خلقت من ضلع، لن تستقيم لك على طريقة فإن استمتعت بها استمتعت بها وبها عوج وإن ذهبت بها تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها».
وقال الترمذي حسن صحيح وإسناده جيد.
حديث سمرة رواه أحمد (٥/ ٨) وحديث أبي ذر عن أحمد (٥/ ١٥٠ ـ ١٥١)، والدارمي (٢/ ١٤٧ ـ ١٤٨) وحديث عائشة رواه أحمد (٦/ ٢٧٩).

(٣) في أ: اكتسى.

(٤) في أ: البيت.

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٤) كتاب النكاح باب في حق المرأة على زوجها حديث (٢١٤٢) وابن ماجه (١/ ٥٩٣ ـ ٥٩٤) كتاب النكاح باب حق المرأة حديث (١٨٥٠).

(٦) أخرجه أحمد (٦/ ٥٠) والبخاري (٤/ ٤٠٥) كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، الحديث (٢٢١١) ومسلم (٣/ ١٣٣٨) كتاب الأقضية ـ باب قضية هند ـ الحديث (٧/ ١٧١٤) أبو داود (٣/ ٨٠٢) كتاب البيوع، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده ـ الحديث (٣٥٣٢) والنسائي (٨/ ٢٤٦) كتاب آداب القضاء باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه. وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات ـ باب ما للمرأة من مال زوجها ـ الحديث (٢٢٩٣). والدارمي (٢/ ١٥٩) كتاب النكاح: باب في وجوب نفقة الرجل على أهله والحميدي (١/ ١١٨) رقم (٢٤٢) والشافعي في «مسنده» (٢/ ٦٤) كتاب الطلاق: باب النفقات حديث (٢١٠، ٢١١) وأبو يعلى (٨/ ٩٨) رقم (٤٦٣٦) وابن حبان (٤٢٤١ ـ الإحسان) والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢/ ٣٣٨) وابن الجارود (١٠٢٥) وعبد الرزاق (٩/ ١٢٦ ـ ١٢٧) رقم (١٦٦١٣) وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٨/ ١٨٨) والدارقطني (٤/ ٢٣٤ ـ ٢٣٥) كتاب الأقضية والأحكام حديث (١٠٨) والبيهقي (٧/ ٤٧٧) كتاب النفقات: باب النفقة على الأولاد من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن هنداً قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت.

من غير إذنه[١].

وأمَّا الإجماعُ؛ فلأنَّ الأمةَ أجمعت عَلى هَذَا.

وأما المعقول[٢]: فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج، ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائداً إليه، فكانت كفايتها عليه؛ كقوله ﷺ: **«الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»**[٣]،

(١) وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمرها على سبيل الإباحة أن تأخذ من مال أبي سفيان ـ بدون إذنه ـ ما يكفيها وولدها بالمعروف ـ وإباحة ذلك تدل على أن ما يكفيها من الطعام والكسوة حق واجب عليه أما السكنى، فلا دلالة فيه عليها؛ فهو دال على بعض المدَّعي.

(٢) وذكر أيضاً أن النفقة تجب جزاء الاحتباس، ومن كان محبوساً بحق شخص، كانت النفقة عليه، لعدم تفرغه لحاجة نفسه أصله القاضي والوالي، والعامل في الصدقات، والمقاتلة، والمضارب إذا سافر بمال المضارب، كذا قال الزيلعي الحنفي في «شرح الكنز».

وحاصله: قياس الزوجة على القاضي، ومن ذكر معه بجامع الاحتباس لحق الغير، إذ لا معنى للاحتباس إلا امتناع الشخص من التفرغ لحاجة نفسه.

هذا، وقد ذكر المرغيناني الحنفي في «الهداية» الدليل المار لكنه قال فيه: «وَكلُّ مَنْ كَانَ مَحْبُوساً بِحَقٍّ مَقْصُودٍ لِغَيْرِهِ، كَانَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ» ا هـ.

(٣) أخرجه الشافعي (٢/ ١٤٣ ـ ١٤٤): كتاب البيوع: باب فيما نهى عنه من البيوع، الحديث (٤٧٩)، والطيالسي (ص: ٢٠٦)، الحديث (١٤٦٤)، وأحمد (٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧)، وأبو داود (٣/ ٧٧٧ ـ ٧٧٩): كتاب البيوع والإجارات باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم يجد به عيباً، الحديث (١٢٨٥)، والنسائي (٧/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥): كتاب البيوع: باب الخراج بالضمان، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤): كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، الحديث (٢٢٤٢)، وابن الجارود (ص: ٢١٢ ـ ٢١٣): أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٧)، والدارقطني (٣/ ٥٣): كتاب البيوع: الحديث (٢١٤)، والحاكم (٢/ ١٥): كتاب البيوع: باب الخراج بالضمان، والبيهقي (٥/ ٣٢١): كتاب البيوع: باب المشتري يجد بما اشتراه عيباً، والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٢٣١)، والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٣٢١ ـ بتحقيقنا)، من رواية ابن أبي ذئب، عن مخلد بن خفاف الغفاري عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ به.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب، وقد توبع مخلد بن خفاف تابع هشام بن عروة.

أخرجه أحمد (٦/ ٨٠، ١١٦)، وأبو داود (٣/ ٧٨٠): كتاب البيوع والإجارات باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، الحديث (٣٥١٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٥٤): كتاب التجارات: باب الخراج بالضمان، الحديث (٢٢٤٣)، وابن الجارود في المنتقى (ص: ٢١٢): أبواب القضاء في البيوع، الحديث (٦٢٦)، والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٢٣١) وأبو يعلى (٨/ ٨٢ ـ ٨٣) رقم (٤٦١٤)، وابن حبان (١١٢٦ ـ موارد)، والدارقطني (٣/ ٥٣): كتاب البيوع، الحديث (٢١٣)، والحاكم (٢/ ١٥): كتاب البيوع: باب الخراج بالضمان، والبغوي في شرح السنة (٤/ ٣٢٠ بتحقيقنا)، من طريق مسلم بن خالد الزنجي، عن هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة: «أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ، وبه عيب لم يعلم به، فاستغسله، ثم علم العيب فرده، فخاصمه إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إنه استغسله منذ زمن فقال رسول الله ﷺ الخراج بالضمان، وقال بعضهم: «الغلة بالضمان»، قال الحاكم: (صحيح الإسناد)، =

ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه، ممنوعة عن الخروج الكسب لحقه[1]، فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت؛ ولهذا جعل القاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم؛ لأنه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب، فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال؛ كذا هٰهنا.

فَصْل في سبب الوجوب

وأما سبب وجوب هذه النفقة: فقد اختلف العلماء فيه، قال أصحابنا: سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها.

وقال الشافعي: السبب هو الزوجية، وهو كونها زوجة له، وربما قالوا: ملك النكاح للزوج عليها، وربما قالوا: القوامية، واحتج بقوله ـ تعالى ـ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]، أوجب النفقة عليهم؛ لكونهم قوامين، والقوامية تثبت بالنكاح، فكان سبب وجوب النفقة النكاح؛ لأن الإنفاق على المملوك من باب إصلاح الملك واستبقائه، فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك[2].

ولنا أن حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه

= ووافقه الذهبي، ومسلم بن خالد الزنجي فيه ضعف لكنه توبع تابعة خالد بن مهران.
أخرجه الخطيب (٨/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨)، وتابعه أيضاً عمر بن علي.
أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٧٠٢) والبيهقي (٥/ ٣٢٢).

(١) في ط: بحقه.

(٢) السبب في استحقاق الزوجة النفقة يمت إلى البحث في مبدأ استحقاقها بصلة قوية، فإن القائل: بأن مبدأها العقد ـ يجعل سببها العقد، أو ما يترتب عليه من الاحتباس، والقائل: بأن مبدأها التمكين له ـ أن يجعل سببها التمكين، بشرط العقد قبله، أو العقد بشرط التمكين بعده، أو مجموعهما... والقائل: بأن مبدأها الزفاف له ـ أن يجعل سببها العقد، بشرط الزفاف، أو الزفاف بشرط العقد، أو مجموعهما... وإليك بعض ما نقل في ذلك:

١ ـ «في المنهاج وشرحه» للجلال المحَلّي من كتب الشافعية: «الجديد أنها أي: النفقة تجب يوماً فيوماً بالتمكين، لا العقد والتقديم تجب بالعقد، وتستقر بالتمكين، فلو امتنعت منه ـ سقطت» ا هـ.

قال عميرة في «حاشيته» عليه: «جَعْل الثاني قديماً فيه نظر؛ ففي «مختصر البويطي» آخر قولي الشافعي: لها النفقة من يوم عقد النكاح، وهو أحب القولين إليَّ، لأنها ممنوعة عن الرجال بحبه ثم قال عميرة ـ: الذي حاول صاحب «المطلب» ترجيحه الوجوب بهما؛ إذ لو وجَبَتْ بالتمكين المجرد ـ لَوَجبت في وطء الشبهة. والذي نقله الماوردي عمن جعل التمكين أصلاً: أنها تجب بالتمكين، والعقد شرط انتهى كلام عميرة.

وفي «شرحي الخطيب على الغاية والمنهاج» بعد بيان وجوبها بالتمكين على الجديد «وهل التمكين سبب، أو شرط؟ فيه وجهان؛ أوجههما: الثاني» ا هـ. =

....

= ٢ ـ وفي كتب الحنفية «وقال أصحابنا: سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها» ا هـ.
وخلاصة ذلك: أن من قال بإيجاب النفقة من حين العقد يجعل السبب العقد، أو استحقاق الحبس، ومن قال بإيجابها من حين التمكين ـ يجعل التمكين سبباً، والعقد شرطاً، أو بعكس ذلك، ويجعل السبب مجموعهما ولم ينقل عمن قال بإيجاب النفقة من حين الزفاف بيان السبب، ويمكن فيه احتمالات ثلاثة؛ كالذي قبله، وهاك أبحاثاً يتبين من خلالها الراجح من هذه الاحتمالات.
(١) إذا جرينا على أن مبدأ الاستحقاق هو العقد ـ فهل السبب هو العقد، أو الاحتباس؟.
إن قلنا: إن العقد أورد على ذلك أمران.
أحدهما: أن العقد أوجب المهر؛ فلو أوجب النفقة أيضاً ـ لأوجب عوضين؛ فإن كان العوض مجموعهما؛ فإن وجبت النفقة كلها دفعة في ذمة الزوج، من حين العقد ـ لزم إيجاب عوض مجهول؛ لأن زمان الزوجين الذي يتبين به مقدار النفقة مجهول وإن وجبت شيئاً فشيئاً ـ لزم تأخر المعلول عن علة، إذ العقد يتم بتمام الإيجاب والقبول. وإن كان كل منهما عوضاً ـ لزم ـ فضلاً عما ذكر ـ اجتماع النقيضين.
وقد يجاب: باختيار أن مجموعهما عوض عن ملك النّكاح، وأن النفقة تجب كلها في ذمة الزوج من حين العقد، كما حكوه عن القول القديم للشافعي. ومعلوم أنها بقدر زمان الزوجية مع الطاعة، فهي منضبطة في الواقع، والرضا بها حاصل حين القعد؛ فلا تضر جهالتها ابتداء؛ إذ لا تؤدي إلى غرر، ولا تنازع.
وفي هذا الجواب نظر؛ فإن أدلة الشرع ـ إنما دلّت على وجوب تسليم النفقة شيئاً فشيئاً، والأصل ألا يجب في الذمة أكثر مما وجب تسليم؛ فإيجابها كلها دفعة واحدة من حين العقد خلاف الأصل، ولا دليل عليه.
فالذي ينبغي اختياره في الجواب: أن العقد أوجب عوضين لمعوَّضَين مختلفين: **أحدهما:** المهر، وهو عوض عن ملك النكاح. **وثانيهما:** النفقة، وهي عوض عن الاحتباس، فوجب الأول عند العقد، لحصول علة التامّة، وهي العقد الذي أوجب ملك النكاح حالاً. ووجب الثاني شيئاً فشيئاً، لأن علة التّامّة هي العقد، بشرط الاحتباس المؤدي إلى المقصود، وهذا الاحتباس ذو أجزاء، فكلما مضى جزء منه ـ كان العقد معه علة في إيجاب جزء من النفقة، مقابل له.
لا يقال: إن العقد انتهى بانتهاء الإيجاب والقبول؛ لأنا نقول: إنه مستمر حكماً، وإلا لم يحل الاستمتاع.
وثانيهما: أن كلاً من الصغيرة والناشزة معقود عليها، فلو كان العقد موجباً للنفقة ـ لأوجب نفقتهما، كما أوجب مهرهما.
ويجاب عنه: بأن العقد وإن أوجب المهر مطلقاً ـ لا يوجب النفقة إلاّ بشرط إطاقة الوطء، وعدم النشوز. فما لم يحصل الشرط ـ لم يحصل الوجوب.
وإن قلنا: إنه الاحتباس ـ فالمراد: الاحتباس الموصل إلى المقصود، ولا يرد عليه شيء مما سبق، فإنه لم يوجب المهر؛ فلم يلزم على إيجابة النفقة إيجاب عوضين، وهو أمر زماني، يحصل شيئاً فشيئاً؛ فلا يوجب النفقة دفعةً واحدةً في ذمة الزوج، بل يوجبها شيئاً فشيئاً على حسبه، فلم يلزم إيجابه مجهولاً، ولا تأخر المعلول عن علة، وقد شرط فيه توصيله إلى المقصود من النكاح؛ فلم يلزم عليه وجوب الإنفاق على الصغيرة، والناشزة.
ولعلك تختار القول السببية الاحتباس، وإن كان القول بسببية العقد أمكن تصحيحه، فإن الاحتباس هو =

....

= المعوَّض الذي يصاحب النفقة وجوداً وعدماً.

(٢) وإذا جرينا على أن مبدأ الاستحقاق هو التمكين - فهل السبب هو العقد، والتمكين شرط أو التمكين والعقد شرط أو مجموعهما؟

إن قلنا بالأول - أورد عليه: أنه يلزم منه إيجاب جميع النفقة دفعة واحدة، عند حصول التمكين، وإلا لزم تأخر المعلول عن علة، مع أن أصحاب هذا المذهب يقولون: إنها تجب شيئاً فشيئاً من حين التمكين.

وقد يجاب: بأن التمكين المشروط لإيجاب النفقة أمر زمانيٌ يحدث شيئاً فشيئاً من حين العرض إلى البينونة، ما عدا أوقات النشوز، وكلما مرَّ زمانٌ منه - كان شرطاً لإيجاب جزء من النفقة، فالعقد مع كل جزء من أجزاء التمكين علّة، للجزء المقابل له من النفقة، فلم يلزم تأخر المعلول عن علته.

ويلاحظ هنا: أن المراد العقد: الالتزام الذي يستمر حتى يصاحب التمكين، ثم ينتهيان معاً بالبينونة، وإلا لم يصلح سبباً.

وإن قلنا بالثاني أو الثالث - أورد عليه نحو ما تقدم، وقد علمت الجواب. . . وعلى هذا تستوي الأقوال الثلاثة، غير أن الأنسب - بناء على أن مبدأها التمكين - هو القول بسببية التمكين، لأنه المعوض الذي تبتدىء النفقة، وتنقطع، وتعود معه، وتتجزأ، تبعاً له.

(٣) وإذا جرينا على أن مبدأ الاستحقاق هو الزفاف فإن قلنا: إن العقد سبب، والزفاف شرط - أورد عليه نحو ما تقدم في البحث الثاني.

ويجاب بنحو ما أجيب به هناك؛ بأن يقال: إن الزفاف المشروط لجميع النفقة ليس هو السير من منزل أهلها إلى منزل زوجها، وإنما هو الحصول في منزل الزوج، وهو أمر زماني، يحدث شيئاً فشيئاً؛ كما قيل في التمكين.

وإن قلنا: إن الزفاف سبب، والعقد شرط، أو السبب مجموعهما - فالكلام عليه إيراداً وجواباً يعلم مما سبق.

ولعلك - على ضوء ما تقدم - تختار القول بسببية الزفاف، بمعنى: الحصول في منزل الزوج، فإن المعوض؛ كالتمكين في البحث السابق.

وقبل الفراغ من هذا المبحث أذكر فائدتين:

أحدهما: في مطابقة ما اخترته في السببية لمذهب الشافعي - رضي الله تعالى عنه -.

وثانيتهما: في ثمرة الخلاف في سبب الاستحقاق بعد الاتفاق على مبدئه.

الفائدة الأولى: إن ما اخترته من أن مبدأ وجوب نفقة الزوجة العقد، ومن أن سببها الاحتباس، أو العقد من غير إيجاب النفقة دفعة واحدة؛ لا يخرج عن مذهب الشافعي.

وذلك أن الشيخين، وغيرهما ذكروا أن للشافعي قولين؛ قديماً وهو الوجوب بالعقد، وجديداً: وهو الوجوب التمكين. وقد اختاروا القول بالتمكين، واعترضوا على القديم باستلزامه إيجاب العقد لعوضين، وباستلزامه إيجابه عوضاً مجهولاً.

وقد نقل الرافعي في «الشرح الكبير» عن أبي الفرج السرخسي: أنَّ القولين مذكوران في «الإملاء». ونقل عن أبي نصر بن الصباغ. وآخرين: «أن القديم مأخوذ من تجويزه في القديم ضمان نفقة المدة المستقبلة، فإن الشافعي لا يجوز ضمان ما لم يجب». =

لما بينا. فأما الملك فلا أثر له، لأنه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر؛ فلا يقابل بعوض آخر؛ إذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين، ولا حجة له في الآية؛ لأن فيها إثبات القوامية بسبب النفقة لا إيجاب النفقة بسبب القوامية، وعلى هذا الأصل يبنى أنه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد؛ لانعدام سبب الوجوب[1]، وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح؛ لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد، وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، وكذا في عدة

= وهذا يدل على أن القديم مستنبط، وليس بمنصوص، ووجه الاستنباط: أن تجويزه ضمان نفقة المدة المستقبلة ينبىء بأنها وجبت في الذمة كلها حين العقد، لأنها لو لم تجب ـ لكان ضمانها باطلاً، لأن الشافعي لا يجوز ضمان ما لم يجب. وفي هذا الاستنباط نظر، كما قال الرافعي؛ فقد نقل عن الشافعي في «القديم» جواز ضمان ما لم يجب. . وقال بعض الباحثين: إن جَعْلَ القول بوجوب النفقة بالعقد قديماً ـ فيه نظر؛ ففي «مختصر البويطي» آخر قولي الشافعي: «لها النفقة من يوم عقد النكاح» وهو أحب القولين إليَّ، لأنها ممنوعة عن الرجال بحبسه» ا هـ.

أقول: يؤخذ من هذا كله أن القول بوجوب النفقة بالعقد، قول قديم، منصوص، أو مستنبط، وهو قول جديد أيضاً، وهو لا يستلزم إيجاب النفقة كلها في الذمة من حين العقد؛ إذ العقد مستمرٌّ حكماً، ما لم تحصل البينونة؛ فإن كان المعترضون عليه ـ باستلزام ذلك مع الجهالة ـ قد نقلوا هذا اللازم منصوصاً ـ فليذكروه، ولم أرَ أحداً ذكره على طول البحث. وإن كانوا استنبطوه من جواز الضمان ـ فهو استنباط لا يصح، كما تقدم. وهذا البويطي علل بأنها ممنوعة عن الرجال؛ بحبسه. وهذا التعليل يقتضي الوجوب شيئاً فشيئاً. وإذا قام الدليل على صحة ذلك، وكان قولاً جديداً للشافعي بل كان آخر قوليه، على ما قاله البويطي ـ فنسبته إليه صحيحة.

الفائدة الثانية: القائلون: بأن النفقة تبتدىء من حين التمكين، أو من حين الزفاف، لا ثمرة للخلاف في السببية عندهم، كما يعلم بالتأمل. وأما القائلون: بأنها تبتدىء من حين العقد ـ فاختلافهم في السببية ربما كان له ثمرة، وذلك أن القائل بسببية العقد ربما يقول بوجوب النفقة في ذمة الزوج دفعةً واحدةً من حين العقد. وهذا هو المفهوم مما نقله الشافعية عن القول القديم للشافعي، ومن قال بسببية الاحتباس ـ لا يقول بذلك.

ويترتب على هذا أن الأول يصحح ضمان قدر من نفقة المدة المستقبلة والرهن على قدر منها، والحوالة به وعليه، لأنها دين ثابت في ذمة الزوج من حين العقد. والثاني ربما يصحح ذلك، وربما لا يصححه على الخلاف في اشتراط ثبوت الدَّيْنِيَّةِ في هذه العقود.

وقد علم مما تقدم أن القول بسببية العقد يمكن معه أن يكون وجوب النفقة متوزِّعاً؛ كالقول بسببية الاحتباس، وهذا هو الظاهر، وحينئذ لا يكون للخلاف ثمرة.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد.

(١) العقد الصحيح لا بد منه في وجوب نفقة الزوجة بلا خلاف ـ فيما أعلم ـ وإن كان في مفهوم ذلك تفصيل في بعض المذاهب.

١ ـ فالشافعية يرون أولاً: أنه لا نفقة في نكاح فاسدٍ، ولا وطءِ شبهةٍ، ولا في عدتهما، لكن إن حملت منه ـ ففي وجوب نفقتها خلاف، مبنيٌّ على الخلاف في البائن الحامل، المعتدة عن النكاح الصحيح؛ أتجب النفقة لها من أجل الحمل؛ أم تجب للحمل نفسه؟ =

....

= قولان: الراجح منهما: **الأول**: وسيأتي وجهه في الكلام على البائن وعليه لا تجب للحامل من النكاح الفاسد، أو وطء الشبهة؛ لعدم سبق العقد الصحيح. وعلى الثاني - وهو قول قديم - تجب للحمل من النكاح الفاسد، ووطء الشبهة، لأنه منسوب إليه؛ كالحمل من النِّكَاحِ الصَّحِيحِ.

ثانياً: إن الموطوءة بشبهة، إن كانت ذات زوج، وحملت، وأوجبنا النفقة على الواطىء، بناءً على أن النفقة للحمل - فلا نفقة لها على الزوج قطعاً؛ لئلا تجتمع نفقتان... وإن لم نوجبها على الواطىء؛ بناءً على أن النفقة للحامل - نفى وجوبها على الزوج وجهان:

أحدهما: تجب؛ لأنها لم تمتنع عن الزوج باختيارها. وأصحهما لا تجب؛ لأن تسببت في الامتناع.

ثالثاً: لو أنفق في النكاح الفاسد لم يرجع بما أنفقه، سواء استمتع بها، أم لا، وسواء أحملت منه، أم لا؛ لأنها محبوسة عنده حبساً يؤدي إلى المقصود، لولا الفساد، وفي «الروض وشرحه»، ما نصه: لَوْ نَكَحَ امْرَأَةً نِكَاحاً فاسداً، واستمتع بها وأنفق عليها، ثُمَّ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا - فَلَيْس لَهُ الرُّجُوعُ بِمَا أَنْفَقَ عليها، بل يجعل ذلك في مقابلة استمتاعه بها، وإتلاف منافعها، سواء أكانت حاملاً، أم حائلاً. قاله الأصل.

قال الأذرعي: وهذا التوجيه يفهم أنه لو لم يستمتع بها، وكان قد تسلمها - استرد، وليس مراداً ا هـ. كلام «الروض وشرحه» ومنه يعلم أن الاستمتاع ليس قيداً؛ فليس هو العلة في عدم الرجوع، بل العلة على ما في «التحفة» و«النهاية» كونها محبوسة عنده، وهذه العلة لا تكفي، بل لا بد من ضم التأدية إلى المقصود، إذ لو أنفق على زوجة صغيرة، وهو يظنها تطيقه - كان له الرجوع، كما في القليوبي على الجلال. وإذا رجع في الزوجة - ففي المنكوحة نكاحاً فاسداً يرجع بالأولى.

ب - والحنابلة يقولون: **أولاً**: لا يجب الإنفاق في النكاح الفاسد، ووطء الشبهة وعدتهما، ما لم تكن حاملاً؛ ففيها خلاف، مبنيّ على الخلاف في الحائل البائن المعتدة من النكاح الصحيح وفيها روايتان؛ كالقولين للشافعي، لكن الرواية المختارة لديهم هي أن النفقة للحمل، لا للحامل وعليها تجب نفقة الحمل من النكاح الفاسد، ووطء الشبهة؛ لأنه منسوب إليه.

ثانياً: لو وطئت الزوجة بشبهة، فحملت فإن كانت النفقة للحمل - فنفقتها على الواطىء مطلقاً، وإن كانت النفقة للحامل - فنفقتها على الواطىء، إن كانت مكرهة، أو نائمة، بخلاف ما لو كانت مطاوعة، وظنته زوجها.

ثالثاً: لو أنفق الرجل في النكاح الفاسد - لم يرجع، سواء أأنفق قبل فراقها، أم بعده، لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب - فهو متطوع بالنفقة، وإن لم يكن عالماً - فهو مفرط، فلا يرجع؛ كما لو أنفق على أجنبية بلا إذنها.

جـ - والحنفية ذهبوا **أولاً** إلى أنه لا نفقة في النكاح الفاسد، ووطء الشبهة وعدتهما، ومذهبهم في البائن الحامل: أن النفقة لها، لاعتدادها عن النكاح الصحيح، لا للحمل؛ ولذا لم يوجبوا نفقة الحامل في غير النكاح الصحيح قولاً واحداً.

ثانياً: إلى أن معتدة النكاح الفاسد، أو وطء الشبهة إن كانت مزوجة - فلا نفقة لها على زوجها أيضاً - ففي «رود المحتار» ما نصه: «في الخانية: غَابَ عَنْهَا زَوْجها، فَتَزَوَّجَتْ بِآخَرَ وَدَخَلَ بِهَا، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ عَوْدِ الأَوَّلِ فَلاَ نفَقَةَ لَهَا فِي عِدَّتَهَا، لاَ عَلَى الأَوَّل، وَلاَ عَلَى الثَّانِي» ا هـ.

ثالثاً: إلى أن الرجل إن أنفق في النكاح الفاسد - ففي الرجوع تفصيل يعلم من كلام ابن عابدين، ونصه: =

....

= في «الهندية عن الذخيرة» «ولو كان النكاح صحيحاً من حيث الظاهر، وفرض لها القاضي النفقة وأخذتها شهراً، ثم ظهر نساء النكاح؛ بأن شهدوا أنها أخته رضاعاً، وفرّق بينهما ـ رجع عليها بما أخذت» ا هـ. «ولو أنفق بلا فرض القاضي لم يرجع بشيء» ا هـ. ونحوه في «الفتح»، وفي «الهندية» أيضاً عن «الخلاصة» «وأجمعوا: أن في النكاح بلا شهود تستحق النفقة» ا هـ.
قال الطحاوي: «ونظر فيه الحموي بأنه من أفراد الفاسد» ا هـ.
قلت: ومثله في «النهر»، والظاهر: «أن الصواب لا تستحق بلا النافية، إذ لا احتباس فيه» انتهى كلام ابن عابدين.
والمالكية: ذهبوا **أولاً**: إلى أن الموطوءة بشبهة إذا كانت لا زوج لها؛ فإن حملت من الوطء ـ فلها عليه النفقة والسكنى، وإن لم تحمل ـ فالسكنى عليه، والنفقة عليها.
وإذا كانت ذات زوج، ولم يكن زوجها قد دخل بها؛ فَإِنْ حملت من الواطىء ـ فسكناها ونفقتها عليه، وإن لم تحمل ـ عليه السكنى فقط، وأما النفقة ـ فهي عليها، لا على الواطىء على الصحيح.
وإن كان زوجها قد دخل بها ـ فنفقتها وسكناها على زوجها، حملت، أم لا، إلا أن ينفي الزوج حملها بِلَعِانٍ؛ فلا نفقة لها عليه، ولها السكنى على زوجها، ما لم يلحق الحمل بالواطىء، فإن لحق به ـ فالنفقة والسكنى حينئذ عليه، ما لم ينفه أيضاً بلَعانٍ، فإن نفاه ـ فعليه السكنى، دون النفقة.
ثم يشترط في وجوب النفقة في المسائل التي وجبت فيها، أن يكره الواطىء والموطوءة، جاهلين بالحرمة، فإن علم الواطىء بالحرمة دونها ـ فليس عليه النفقة، لأن الولد ليس لاحقاً به، لزناه، لكن عليه السكنى؛ لاحتباسها بسببه، فإن علمت الحرمة أيضاً ـ فلا سكنى عليه لها؛ لزناها.
وكل ما قيل في وطء الشبهة. يقال في الوطء في النكاح الفاسد، الذي يدرأ الحد، كمن نكح ذات محرم جهلاً.
ثانياً: إلى أن الواطىء في الشبهة، أو النكاح الفاسد إذا كان قد أنفق عليها في الأحوال التي لا تجب عليه نفقتها فيها بقضاء، أو غيره؛ بناء على الظاهر، ثم تبين له الغلط ـ فالظاهر أنه يرجع عليها بذلك؛ بناء على هذا الأصل الذي حكى بعضهم اتفاقهم عليه، وهو من أخذ مالاً من إنسان، يجب له بقضاء أو غيره، ثم ثَبَتَ أنه لم يكن يجب له شيء ـ فإنه يرد ما أخذه.
وصفوة القول: أن هٰهنا مسألتين:
الأولى: أَنَّ النِّكَاحَ الفاسد، ووطء الشبهة لا نفقة، ولا سكنى في زمنهما، ولا في عدتهما عند الأئمة الثلاثة ـ أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد ـ إلا إن حملت؛ فإنهما يجبان للحمل على رواية راجحة عن أحمد، وقول مرجوح عن الشافعي... وأوجب المالكية النفقة، والسكنى على الواطىء بشبهة، أو بنكاح فاسد يدرأ الحدّ، إن حملت منه، وكانت خلية، أو كانت مزوجة، ولم يدخل بها الزوج، أو دخل بها، ونفى الولد باللعان، ولحق بالواطىء وأوجبوا عليه السكنى فقط، إن لم تحمل منه، وكانت خلية، أو كانت مزوجة غير مدخول بها، واتفقوا مع باقي الأئمة الثلاثة على عدم الوجوب في باقي الصور.
ومنشأ الخلاف فيما يظهر لي: أن الموطوءة بشبهة، أو نكاح فاسد هل تُقَاسُ على البائن المعتدة من نكاح صحيح بقسميها، فيجب لها على الواطىء السكنى، إن لم تحمل، لاحتباسها بسبب في زمن الوطء وعدته، والسكنى مع النفقة، إن حملت حملاً منسوباً إليه للتوصل إلى الإنفاق على الحمل وإسكانه، لأنه ولده، أو لا تقاس عليها، لأن البائن إن كانت حائلاً ـ فوجوب السكنى لها؛ لاحتباسها احتباساً ناشئاً عن =

منه إن ثبت حق الحبس؛ لأنه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه، وإنما يثبت لتحصين الماء، ولأن حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح، فلما لم تجب في النكاح؛ فلأن لا تجب في العدة أولى.

= أمر مقصود شرعاً، وهو: النكاح، وإن كانت حاملاً ـ فوجوب النفقة لها؛ لاشتغالها بصيانة مائه المشبه باشتغالها باستمتاعه المقصود شرعاً، بخلاف الموطوءة: بشبهة، أو نكاح فاسد، فإنها إن كان حائلاً ـ فاحتباسها ناشيء عن أمر غير مقصود شرعاً، وهو الوطء غلطاً وإن كانت حاملاً ـ فاشتغالها بصيانة مائه إنما يشبه اشتغالها باستمتاعه الذي ليس مقصوداً شرعاً؛ فلا سكنى لها، ولا نفقة؟

قال بالقياس ـ في حالتي الحمل وعد ـ المالكية، ونفاه في الحالين الحنفية، والشافعي في قول راجح، وأحمد في رواية مرجوجه.

وقال به في حال الحمل فقط أحمد في رواية راجحة، والشافعي في قول مرجوح والذي يظهر لي: أنه لا تجب لموطوء الشبهة، أو النكاح الفاسد زمان الوطء، أو عدته نفقة، ولا سكنى، سواء أكانت حاملاً، أم حائلاً، ولا يقال: إن الحمل ولده، فعليه نفقته، لأنا نقول: إن نفقة القريب إنما تجب إذا كان محتاجاً، وهذا الحمل ليس بمحتاج، فإن أمه لا بُدَّ أن ينفق عليها من يجب إنفاقه عليها بدون الحمل، وبنفقتها يستغني الحمل، ولا يقال: إن سُكْنَاهَا تجب، لاحتباسها لصيانة الماء، لأنا نقول: إنه احتباس لصيانة ماء غير مقصود، فلا يلحق بالاحتباس، لصيانة الماء المقصود.

المسألة الثانية: أنه لو أنفق الإنسان في زمن النِّكَاح الْفَاسِد، أو وطء الشبهة ـ ففيه ثلاثة أراء.

أحدها: أنه لا رجوع، وإليه ذهب الشافعية، الحنابلة.

وثانيها: أنه يرجع، وهو ظاهر مذهب المالكية.

ثالثها: أنه إن انفق بفرض القاضي يرجع، وإلا فلا، وهو مذهب الحنفية.

وقد وجه الشافعية عدم الرجوع بحصول الاحتباس.

ووجهه الحنابلة بالتبرع؛ إن كان عالماً بعدم الوجوب، والتفريط، لمن لم يكن عالماً.

ووجه المالكية الرجوع: بأن من أخذ مالاً من إنسان يجب له بقضاء، أو غيره، ثم ثبت أنه لم يكن يجب له شي، أنه يرد ما أخذه.

ويأخذ من كلام بعض الحنفية توجيه التفصيل بأنه متبرع عند الدفع، بدون قضاء، فلا يسترد، بخلاف الدفع بالقضاء.

والذي يظهر لي: أن من دفع بلا قضاء، وهو معتقد عدم الوجوب لا رجوع له، وكذا من دفع، بناء على القضاء، وهو معتقد عدم الوجوب، ونوى التبرع، لأن كلا منهما متبرع، ولعل هذين خارجان عن محل النزاع، وإن لم أر من صرح به. ومن دفع بلا قضاء، وهو معتقد الوجوب، أو دفع بناء على القضاء، ولم ينو التبرع؛ فليس متبرعاً ـ فله الرجوع.

وتعليل عدم الرجوع بالحبس، أو التفريط غير ظاهر، فإن الحبس إذا لم يصلح موجباً للنفقة ابتداء ـ فكيف يصلح موجباً لها بعد الدفع؟! والتفريط لا يقلب غير الواجب واجباً.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد والمهذب ٢/ ١٧١، فتح القدير ٢/ ٣٢٢، حاشية العدوي على الخرشي ٤/ ١٦٢.

وتجب في العدة من نكاح صحيح[١]؛ لوجود سبب الوجوب، وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح؛ لأن النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى؛ لأن حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع، وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم، فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى، سواء كانت العدة عن فرقة بطلاق، أو عن فرقة بغير طلاق، وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة، إلا إذا كانت من قبلها بسبب محظور استحساناً.

وشرح هذه الجملة أن الفرقة إذا كانت من قبل الزوج بطلاق ـ فلها النفقة والسكنى/ ، ١٣٧ب سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، وسواء كانت حاملاً[٢] أو حائلاً، بعد أن كانت مدخولاً بها عندنا؛ لقيام حق حبس النكاح.

---

(١) أجمع العلماء على وجوب نفقة الرجعية، طعاماً، وَإِدَاماً، وكسوة، وسُكْنَى وغيرها، لأنها زوجة بدليل: أنها يلحقها طلاقه، وظهاره، وإيلاؤه، وأنها باقية في سلطته وحبسه، وله عليها حق الرجعة؛ كما قَالَ تعَالَى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ ولا فرق بينها وبين الزوجة التي في العصر، إلا امتناع التمتع، وهو امتناع حاصل من قبل الزوج، يمكنه قطعه متى شاء بالرجعة، فلا يضر، كما لو سافر، وَقَدْ جَاءَ في بعض روايات حديث فَاطِمة بِنْت قَيسٍ الآتي: «إِنَّمَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى لِلْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ لِزَوْجِهَا عَلَيهَا الرَّجْعَةُ» رواه النَّسَائي. بإسناد صحيح فإن قيل: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوْا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ يفيد بمفهومه أن المطلقة غير الحامل لا نَفَقَةَ لها، سواء أكانت بائناً أم رجعية.
أجيب: بأن الأدلة السابقة ـ ومنها الإجماع ـ خصصت هذا المفهوم بغير الرجعية عند من يقول بالمفهوم.
ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد.

(٢) تجب للبائن الحامل السكنى، والنفقة، ما دامت العِدَّةُ باتفاق أهل العلم، ما عدا ابن حزم وحده فيما رأيت.
وقد حَكَى ابن رشد الحفيد في «بداية المجتهد» وابن قدامة في «المُغْنِي» إجماع أهل العلم على ذلك، وكأنهما لم يعتبرا مخالفة ابن حزم، وإليك أدلة الفريقين:
١ ـ استدل ابن حزم بأن البائن أجنبية، والعدة شيء ألزمها الله إياها، لا مدخل للزوج في إسقاطه، ولا الزيادة فيه، ولم يرد في الكتاب، ولا السنة ما يوجب لها شيئاً، حاملاً كانت، أو حائلاً، وسيأتي في أول الجمهور مناقشة، والرد عليه، وفي ذلك غناء عن ذكرها هنا.
٣ ـ واستدل الجمهور بالكتاب والسنة والقياس.
أ ـ أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وِجْدِكُمْ ولاَ تُضَارُّوهِنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوْا عَلَيهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلُهُنَّ﴾.
وجه الدلالة: أنَّ الله ـ عز وجل ـ أمر بإسكان المطلقات، سواء أكن حوائل، أم حوامل، وخصّ الحوامل بالإنفاق عليهن، فوجب للحامل كل من النفقة والسُّكْنَى.
وأورد عليه: أن الآية في الرجعيات، يرشد إلى ذلك أمران:
أحدهما: دلالة السياق، فإن سورة الطلاق، قد ذكر الله تعالى فيها أختاماً متلازمة.
أحدها: أن الأزواج لا يخرجونهن من بيوتهن **والثاني**: أنهن لا يخرجن من بيوت أزواجهن. =

....

= **الثالث**: أن لأزواجهن إمساكهن بالمعروف قبل انقضاء الأجل، أو تسريحهن بإحسان. **الرابع**: إشهاد ذوي عدل على الإمساك، وهو الرجعة. وقد أشار سبحانه إلى حكمة عدم الإخراج والخروج بقوله تعالى: ﴿لاَ تَدْرِي لَعَلَّ الله يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ والأمر الذي يرجى إحداثه هو المراجعة، كَمَا قال الشعبي، والضحاك، وعطاء، وقتادة، والحسن، وفاطمة بنت قيس، فهذه الأحكام كلها في الرجعيات، وقد جاء بعد ذلك: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ فالضمائر في الآية للرجعيات أيضاً.

أجيب: بأن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ينتظم الرجعيات والبائن؛ لأنه يتناول الطلقة الثالثة، كما يتناول الأولى، فيجب حمل الضمائر، والأحكام في الآيات كلها على العموم.

إلا ما قام الدليل على تخصيصه بالرجعيات، وذلك كقوله تعالى: ﴿لاَ تَدْرِي لَعَلَّ الله يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ وقوله تعالى: ﴿فإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾. وقيام الدليل على التخصيص في حكم لا يعود على سائر الأحكام بالتخصيص، وبهذا يبقى قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية عامًّا في جميع المطلقات، ولا يلزم تشتيت الضمائر؛ إذ مرجعها جميعاً «النساء» في أول السورة، ولذلك نظائر كثيرة في الكلام.

ثانيهما: دلالة السبر والتقسيم، وذلك أن الضمائر في الآية إما أن يراد بها المطلقات عموماً، أو البوائن خاصة، أو الرجعيات خاصة.

أما الأول ـ: فلا يجوز، لأن الآية ـ بناء عليه ـ تدل على أن الرجعية لا نفقة لها، إلا إن كانت حاملاً، وهو باطل بالإجماع. وتدل أيضاً على أن البائن يجب إسكانها، إذا كانت حائلاً، وهذا يخالف حديث فاطمة بنت قيس الآتي، حيث لم يجعل لها رسول الله ﷺ سُكْنَى، ولا نفقة، فيلزم أن يكون حكم الرسول فسخاً، ولا نسخ إلا بيقين.

وأما الثاني: فلا يجوز، لأنه تخصيص للقرآن بلا دليل، ولأنه يلزم عليه مخالفة الحديث المذكور، فتعين الثالث، وهو: أن المراد بالضمائر الرجعيات، فأفادت الآية أن لهن السُكْنَى، والنفقة، إن كن حوامل، والسكنى، إن كن حوائل، وسكتت عن النفقة للحوائل، وهي مستفادة من دليل آخر، وهو أن الرجعية زوجة ترث مطلقها، ويرثها بلا خلاف.

ويجاب باختيار أن الآية في المطلقات عموماً، ولا يلزم منه إلا نفقة للرجعية، إلا إن كان حاملاً، لأن هذا من قبيل مفهوم الشرط، والمفهوم إذا عورض بدليل أقوى منه ألغاه، أو خصصه، وهاهنا قد عورض بالإجماع على وجوب نفقة الرجعية، لأنها محتبسة بحق مطلقها، ويتوارثان، ويلحقها طلاقه.

ومخالفة منطوقها لحديث فاطمة بنت قيس لا تضر، فمنهم من طعن فيه، وأوجب للبائن الحائل النفقة والسُّكْنَى، كالحنفية، ومنهم من أثبته وخصه بما لو كان هناك عذر، كالشَّافِعيَّةِ، فيكون مخصصاً لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ. . .﴾ الآية بالرجعيات، وبالبائن الحائل عند عدم العذر، ومنهم من أثبته، وجعله عامًّا لكل بائن حائل؛ كالحنابلة؛ فيكون مخصصاً لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ بالرجعيات. والتخصيص لا يجب فيه اليقين، وسيأتي البحث في ذلك إن شاء الله تعالى.

ب ـ وأما السُّنَّةُ فما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة: قال: أرسل مَرْوَانُ قبيصة بن ذؤيب إلى فاطمة فسألها، فأخبرته: أنها كانت عند أبي حفصة بن المغيرة، وكان النبي ﷺ أمَّرَ الإمام علي بن أبي طالب ـ رضي الله تعالى عنه ـ على بعض اليمن، فَخَرجَ مَعَهُ زَوْجَها، فبعث إليها بتطليقة كانت بقيت لها، وأمَر عياش بن أبي ربيعة، والحارث بن هاشم أن ينفقا عليها، فقالا: =

....

= «والله مَا لَهَا نَفَقَةُ إلاَّ أَنْ تَكُونَ حَامِلاً»، فأتت النبي ـ ﷺ ـ فقال: «لاَ نَفَقَةَ لَكِ إلاَّ أَنْ تَكُونِي حَامِلاً» واستأذنته في الانتقال، فأذن لها فقالت: أين أَنْتَقِلُ يَا رَسُولَ الله فَقَالَ: عِنْدَ ابن أُمِّ مَكْتوم، وَكَانَ أَعْمَى، تَضَعُ ثِيَابَهَا عِنْدَهُ، وَلاَ يُبْصِرُهَا، فلم نزل هناك حتى مضت عدتها، فأنكحها النبي ﷺ أسامة، فرجع قبيصة إلى مروان، فأخبره بذلك، فقال مَرْوَان: لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة، فسنأخذ بالعصمة التي وجدنا» الناس عليها، فقالت فاطمة حين بلغها ذلك: بيني وبينكم كتاب الله قَالَ الله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ من قال: ﴿لَعَلَّ الله يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ فأي أمر يحدث بعد الثلاث»؟.
ورواه مسلم بمعناه. وموضع الدلالة: أن النبي ﷺ قال لفاطمة بنت قيس ـ وكانت مطلقة ثلاثاً ـ «لاَ نَفَقَةَ لَكِ إلاَّ أَنْ تَكُونِيَ حامِلاً» فَدَلَّ على وجوب النفقة للبائن الحامل. وحيث وجبت النفقة تجب السُّكْنَى، لأنها إن وجبت للحمل؛ فهي نفقة قريب، والقريب تجب له السُّكنى، وإن وجبت للحامل من أجل الحمل ـ فهي كالزوجة، والزوجة تجب لها السُّكْنَى.
وأورد ابن حزم على هذا الحديث ـ بعد أن أورده مختصراً ـ أن هذه اللفظة «إلا أن تكوني حاملاً» لم تأتِ إلا من هذا الطريق ـ وهو طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ـ ولم يذكرها ممن روى هذا الخبر عن فاطمة غير قبيصة، وعلة هذا الخبر أنه منقطع، لم يسمعه عبيد الله بن عبد الله، لا من قبيصة، ولا من مَرْوَانَ، فلا ندري ممن سمعه؟ ولا حجة في منقطع، ولو اتصل ـ لسارعنا إلى القول له» ا هـ.
ويمكن أن يجاب: بأن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، كان معاصراً لمروان وقبيصة، ولم يذكر أحد أنه مُدَلِّسٌ، ومن المعلوم أن الراوي الثقة الذي لا تدليس عنه إذا روى خبراً حادثاً في عصره ـ يجب حمله على السماع، ولا يجب أن يقول: سمعت، أو حدثني، أو قال لي، ولذا لم يذكر النووي في «شرح مسلم» نقداً لهذا الحديث مع أنه التزم أن يذكر كل نقد وارد على أحاديث مسلم.
جـ ـ وأما المعقول ـ **فأولاً**: إن البائن الحامل محبوسة، لاشتغال رحمها بماء مطلقها، فوجبت لها المؤنة، كالزوجة المحبوسة للاستمتاع. وإنما كان كان الحبس للاشتغال كالحبس بالاستمتاع، لأن النسل مقصود بالنِّكَاحِ كالاستمتاع، بل إن الاستمتاع ما قصد إلا للتوصل إليه.
وثانياً: أن الحمل ولده، فليزمه الإنفاق عليه وإسكانه، ولا يمكنه ذلك إلا بالإنفاق عليها، وإسكانها، فوجب لها ذلك، كما وجبت أجرة الرضاع لو أرضعت.
اختلف الموجبون لنفقة البائن الحامل في أن النفقة حق لها، أو للحمل على قولين:
أحدهما: أن النفقة للحامل، وإليه ذهب الحنفية والشافعي في «الجديد» وأحمد في رواية.
وثانيهما: أنها للحمل، وإليه ذهب المالكية، وأحمد في أظهر الروايتين، والشافعي في القديم.
وجه القول: بأنها للحمل، أنها تجب بوجوده، وتسقط بانفصاله، وتجب بوجوده، وتسقط بعدمه عند غير الحنفية.
ولك أن تقول: **أولاً**: إن السقوط بانفصاله ليس لأن النفقة له، وإنما هو لانقضاء العدة، والسقوط بعدمه غير متفق عليه، إذ ينازع فيه الحنفية، إلا أن يستدل على السقوط بعدمه بآية: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ فإن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُوْلاَتِ حَمْلٍ﴾ فيه تعليق الحكم، وهو النفقة بشرط، وهو الحمل؛ فيفيد عدم النفقة عند عدم الحمل، ما لم يعارض ذلك بدليل مساوٍ، أو أقوى.
ثانياً: إن هذا الدوران إنما يفيد أن كونهن حاملات علة في النفقة، ولا يلزم أن يكون الحمل هو المقصود بها، فيجوز أن تكون النفقة حقًّا للحامل؛ لأجل الحمل. =

وعند الشافعي إن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً هي حامل؛ فكذلك.

فأما المبتوتة إذا كانت حاملاً فلها السكنى، ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة، وكان ينبغي ألا يكون لها السكنى، إلا أنه ترك القياس في السكنى بالنص، وعند ابن أبي ليلى: لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها، والمسألة ذكرت في كتاب الطلاق، وفي بيان أحكام العدة، وسواء كان الطلاق ببدل أو بغير بدل، وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا.

ولو خالعها على أن يبرأ من النفقة والسكنى ـ يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى، لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى؛ لأن النفقة حقها على الخلوص، وكذا مؤنة السكنى فتملك الإبراء عن حقها، فأما السكنى: ففيها حق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ فلا تملك المعتدة إسقاطه، ولو أبرأته عن النفقة من غير خلع[1] ـ لا يصح الإبراء؛ لأن الإبراء إسقاط الواجب، فيستدعي تقدم الوجوب،

= ووجه القول بأنها للحامل: أنها لو كانت للحمل ـ لوجبت في ماله، إن كان له مال، ورثه، أو أوصى له به، مع أنها لا تجب فيه، ولوجبت على السيد، لا المطلق، إن كانت الحامل أمَةً، أو كان المطلق عبداً، مع أنها تجب على المطلق، ولسقطت بالإعسار، وبمضي الزمان، مع أنها لا تسقط عند من لا يسقط نفقة الزوجة بهما، وهذه خمسة أوجه.

وتدفع هذه الأوجه بالتزام أنها تجب في مال الحمل، إن كان له مال وأنها تجب على السيد، وأنها تسقط بالإعسار، ويمضي الزمان بلا استدانة بإذن القاضي، وقد صرح الحنابلة بذلك في كتبهم.

ووجه سادس: وهو أنها لو كانت للحمل ـ لتعددت بتعدده.

ويمكن دفعه: بأن العبرة بالحاجة، وحاجة الحمل المتعدد لا تزيد عن حاجة الحمل الواحد؛ إذ الأم هي التي تتناول النفقة.

ووجه سابع: هو أنها لو كانت له ـ لتضاعفت نفقة الزوجة الحامل، بأن تعطي نفقة لنفسها، وثانية للحمل.

ويمكن دفعه بأن نفقة الغريب تسقط بالاستغناء، والحمل هنا مستغن بنفقة أمه.

وثامن: وهو أنها لو كانت له لتقدرت بكفايته، لكنها تتقدر بكفايتها عند غير الشافعية، بالإمداد عند الشافعية.

ويمكن دفعه: بأنها إنما قدرت بكفايتها، لأنه لا وسيلة لكفايته إلا ذلك، إذ كل الإضرار التي تحصل لها تعود عليه، وتقديرها عند الشافعية حكم مذهبي مبني على كونها للحامل، وماذا يضر لو قالوا في هذه الحالة بكفايتها، بناء على أنها للحمل.

قد يجاب: بأنه كان ممكناً أن تقدر بكفايته، وهي الفرق بين كفاية الحامل والحائل، إن كان هناك فرق، لأن الحامل إما أن تحتاج إلى غذاء أكثر من الحائل، أولاً، فإن لم تحتج ـ كان إذاً مستغنياً، ولا نفقة للولد مع الاستغناء، وإن احتاجت ـ لم يجب الزائد. أما الأصل ـ فهو واجب على من يجب عليه النفقة عليها.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، المحلى لابن حزم ١٠/ ٢٩١ إلى آخر الوضوح، المهذب ٢/ ١٧٦، الخرشي والعدوي ٤/ ١٩٤، كشاف القناع ٣/ ٣٠٢.

(١) في ط: قطع.

والنفقة تجب شيئاً فشيئاً على حسب مرور الزمان، فكان الإبراء إسقاطاً قبل الوجوب فلم يصح، بخلاف ما إذا اختلعت نفسها على نفقتها؛ لما ذكرناه في [كتاب][1] الخلع، ولأنها جعلت الإبراء عن النفقة عوضاً عن نفسها في العقد، ولا يصح ذلك إلا بعد سابقة الوجوب، فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما، كما لو اصطلحا على النفقة أنها تجب وتصير ديناً في الذمة؛ كذا هذا.

وكذلك الفرقة بغير طلاق إذا كانت من قبله ـ فلها النفقة والسكنى، سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ، أو بسبب محظور كالردة، ووطء أمها أو ابنتها أو تقبيلهما بشهوة، بعد أن يكون بعد الدخول بها لقيام السبب، وهو حق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح، وإذا كانت من قبل المرأة، فإن كانت بسبب مباح؛ كخيار الإدراك، وخيار العنين[2]، وخيار عدم الكفاءة ـ فكذلك لها النفقة والسكنى، وإن كانت بسبب محظور بأن ارتدت أو طاوعت ابن زوجها أو أباه أو لمسته بشهوة فلا نفقة لها استحساناً، ولها السكنى وإن مستكرهة [فلا][3]، والقياس أن يكون لها النفقة والسكنى في ذلك كله.

وجه القياس: أن حق الحبس قائم، وتستحق النفقةِ، كما إذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح، أو[4] من قبل الزوج بسبب مباح أو محظور، وللاستحسان وجهان:

أحدهما: أن [حق الحبس][5] قد بطل بردتها؛ ألا ترى أنها تحبس بعد الردة، جبراً لها على الإسلام؛ لثبوت بقاء حق النكاح؛ فلم تجب النفقة، بخلاف ما إذا كانت الفرقة بسبب مباح؛ لأن هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة، وكذا إذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية؛ لأنها لا تحبس بردة الزوج، فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة، لكن هذا يشكل بما إذا طاوعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة؛ أنها لا تستحق النفقة، وإن بقي حبس النكاح ما دامت العدة قائمة، ولا إشكال في الحقيقة؛ لأن هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط الاستحقاق، وهو ألا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب، وهو حبس النكاح؛ فاندفع الإشكال بحمد الله ـ تعالى ـ.

والثاني: أن حبس النكاح إنما أوجب النفقة عليه صلة لها، فإذا وقعت الفرقة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة؛ إذ الجاني لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر، وذلك في الحرمان لا في الاستحقاق؛ كمن قتل مورثه بغير حق؛ أنه يحرم الميراث لما قلنا، كذا هذا،

(١) سقط في ط.
(٢) في ط: العتق.
(٣) سقط من ط.
(٤) في ط: وكما إذا كانت الفرقة.
(٥) في أ: حبس النكاح.

بخلاف ما إذا كانت مستكرهة على الوطء؛ لأن فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة، وكذا إذا كانت الفرقة بسبب مباح، وبخلاف الزوج؛ لأن النفقة حقها قبل الزوج، فلا يؤثر فعله الذي هو معصية في إسقاط حق الغير، فهو الفرق بين الفصلين، وإنما لم تحرم السكنى بفعلها الذي هو معصية؛ لما قلنا: إن في السكنى حق الله ـ تعالى ـ، فلا يحتمل السقوط بفعل العبد، ولو ارتدت في النكاح حتى حرمت النفقة، ثم أسلمت في العدة لا تستحق النفقة، ولو ارتدت في العدة، ثم أسلمت وهي في العدة ـ تعود النفقة.

ووجه الفرق: أن النفقة في الفصل الثاني بَقِيَتْ وَاجِبَةً بَعْدَ الفرقةِ قبل الرِّدَةِ؛ لبقاء سبب الوجوب، وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة، ثم امتنع وجوبها من بعد تعارض الردة، فإذا عادت إلى الإسلام فقد زال العارض، فتعود النفقة.

وأما في الفصل الأول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة؛ لبطلان سبب وجوبها بالردة في حق/ حبس النكاح؛ لأن الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس، فلا يعود من غير تجديد النكاح، فلا تعود النفقة بدونه. ١٣٨أ

والأصل في هذا أن كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة، ثم بطلت في العدة لعارض منها، ثم زال العارض في العدة ـ تعود نفقتها، وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة في العدة، وإن زال سبب الفرقة في العدة، بخلاف ما إذا نشزت، ثم عادت أنها تستحق النفقة؛ لأن النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح، وإنما فوت التسليم المستحق بالعقد، فإذا عادت فقد سلمت نفسها فاستحقت النفقة.

ولو طاوعت ابن زوجها، أو أباه في العدة، أو لمسته بشهوة؛ فإن كانت معتدة من طلاق وهو رجعي ـ فلا نفقة لها؛ لأن الفرقة ما وقعت بالطلاق، وإنما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور، وإن كان الطلاق بائناً أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق ـ فلها النفقة والسكنى؛ بخلاف ما إذا ارتدت في العدة؛ أنه لا نفقة لها إلى أن تعود إلى الإسلام وهي في العدة؛ لأن حبس النكاح يفوت بالردة، ولا يفوت بالمطاوعة والمس.

ولو ارتدت في العِدَّة، ولَحِقَتْ بِدَارِ الحَرْبِ، ثُمَّ عَادَتْ وأَسْلَمَتْ، أَوْ سبيت وأعتقت، أو لم تعتق ـ فلا نفقة لها؛ لأن العدة قد بطلت باللحاق بدار الحرب؛ لأنَّ الرِّدَّةَ مَعَ اللَّحَاقِ بمنزلةِ الموت.

ولو طلق امرأته وهي أمة طلاقاً بائناً، وقد كان المولى بوأها مع زوجها بيتاً، حتى وجبت النفقة، ثم أخرجها المولى لخدمته، حتى سقطت النفقة، ثم أراد أن يعيدها إلى الزوج، ويأخذ النفقة ـ كان له ذلك، وإن لم يكن بوأها المولى بيتاً حتى طلقها الزوج، ثم أراد أن يبوئها مع الزوج في العدة لتجب النفقة؛ فإنها لا تجب.

وجه الفرق أن النفقة كانت واجبة في الفصل الأول؛ لوجوه سبب الوجوب وهو الاحتباس، وشرطه وهو التسليم، إلا أنه لما أخرجها إلى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقاً له والتسليم؛ فامتنع وجوب النفقة حقاً له، فإذا أعادها إلى الزوج عاد حقه، فيعود حق المولى في النفقة.

فأما في الفصل الثاني: فالنفقة ما كانت واجبة في العدة، لانعدام سبب الوجوب، أو شرط الوجوب وهو التسليم، فهو بالبينونة يريد إلزام الزوج النفقة ابتداء في العدة؛ فلا يملك ذلك.

والأصل في ذلك: أن كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق، ثم صارت إلى حال لا نفقة لها فيها ـ فلها أن تعود وتأخذ النفقة، وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبداً إلا الناشزة، وتفسير ذلك، والوجه فيه ما ذكرنا ويستوي في نفقة المعتدة عدة الأقراء وعدة الأشهر، وعدة الحمل؛ لاستواء الكل في سبب الاستحقاق، فينفق عليها ما دامت في العدة.

وإن تطاولت المدة لعذر الحبل، أو لعذر آخر، فيكون القول في ذلك قولها؛ لأن ذلك أمر يعرف من قبلها، حتى لو ادعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلاقها؛ لأن الولد يبقى في البطن إلى سنتين، فإن مضت سنتان ولم تضع، فقالت: كنت أتوهم أني حامل، ولم أحض، إلى هذه الغاية، وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر، وقال الزوج: إنك ادعيت الحمل؛ فإنما تجب عليَّ النفقة لعلة الحمل، وأكثر مدة الحمل سنتان وقد مضي ذلك ـ فلا نفقة عليَّ؛ فإن القاضي لا يلتفت إلى قوله، ويلزمه النفقة إلى أن تنقضي عدتها بالأقراء، وتدخل في عدة الإياس؛ لأن أحد العذرين إن بطل وهو عذر الحمل ـ فقد بقي الآخر وهو عذر امتداد الطهر؛ إذ الممتد طهرها من ذوات الأقراء، وهي مصدقة في ذلك، فإن لم تحض حتى دخلت في حد الإياس ـ أنفق عليها ثلاثة أشهر، فإن حاضت في الأشهر الثلاثة، واستقبلت العدة بالحيض ـ فلها النفقة؛ لأنها معتدة. وكذلك لو كانت صغيرة يجامع مثلها، فطلقها بعدما دخل بها ـ أنفق عليها ثلاثة أشهر، فإن حاضت في الأشهر الثلاثة، واستقبلت عدة الأقراء أنفق عليها حتى تنقضي عدتها لما قلنا.

وإن طالبته امرأته بالنفقة، وقدمته إلى القاضي، فقال الرجل للقاضي: قد كنت طلقتها منذ سنة، أو قد انقضت عدتها في هذه المدة، وجحدت المرأة الطلاق؛ فإن القاضي لا يقبل قول الزوج: إنه طلقها منذ سنة، ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند القاضي؛ لأنه يصدق في حق نفسه لا في إبطال حق الغير، فإن أقام شاهدين على أنه طلقها منذ سنة، والقاضي لا يعرفهما أمره القاضي بالنفقة [عليها][1]، وفرض لها عليه النفقة؛ لأن الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد.

---

(١) سقط من ط.

فإن أقام بينة عادلة، أو أقرت هي أنها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة ـ فلا نفقة لها على/ الزوج، وإن كانت أخذت منه شيئاً ترده عليه؛ لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضاء العدة. ١٣٨ب

وإن قالت: لم أحض في هذه السنة ـ فالقول قولها ولها النفقة؛ لأن القول في انقضاء العدة قولها، فإن قال الزوج: قد أخبرتني أن عدتها قد انقضت ـ لم يقبل قوله في إبطال نفقتها؛ لأنه غير مصدق عليها في إبطال حقها.

ولو طلق امرأته ثلاثاً أو بائناً، فامتدت عدتها إلى سنتين، ثم ولدت لأكثر من سنتين، وقد كان الزوج أعطاها النفقة إلى وقت الولادة، فإنه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد، ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة ـ وعند أبي يوسف لا يسترد شيئاً من النفقة، وكذلك إذا طلق امرأته في حال المرض فامتد مرضه إلى سنتين، وامتدت عدتها إلى سنتين، ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر، وقد كان أعطاها النفقة إلى وقت الوفاة؛ فإنها لا ترث، ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: ترث، ولا يسترد شيئاً من النفقة، وقد مرت المسألتان في كتاب الطلاق، ولا نفقة في الفرقة قبل الدخول بأي سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه، فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح.

وأم الولد إذا أعتقها مولاها، ووجبت عليها العدة ـ لا نفقة لها، وإن كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج؛ لأن هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح، وإنما يثبت لتحصين الماء، فأشبهت المعتدة من النكاح الفاسد، ولأن نفقتها قبل العتق إنما وجبت بملك اليمين لا بالاحتباس، وقد زال بالإعتاق، ونفقة الزوجة إنما وجبت بالاحتباس، وأنه قائم.

فَصْل في شرط الوجوب

وأما شرط وجوب هذه النفقة: فلوجوبها شرطان:

أحدهما: يعم النوعية جميعاً، أعني: نفقة النكاح، ونفقة العدة.

والثاني: يخص أحدهما، وهو نفقة العدة. أما الأول فتسليم المرأةُ نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم، ونعني بالتسليم التخلية، وهي أن تخلى بين نفسها وبين زوجها؛ يرفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة، إذا كان المانع من قبلها، أو من قبل غير الزوج، فإن لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم ـ فلا نفقة لها.

وعلى هذا تخرج مسائل: إذا تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة، ونقلها إلى بيته ـ فلها

النفقة؛ لوجود سبب الوجوب وشرطه، وكذلك إذا لم ينقلها وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنقلة ـ فلها النفقة؛ لأنه وجد سبب الوجوب، وهو استحقاق الحبس وشرطه، وهو التسليم على التفسير الذي ذكرنا، فالزوج؛ بترك النقلة ترك حق نفسه مع إمكان الاستيفاء؛ فلا يبطل حقها في النفقة؛ فإن طالبها بالنقلة فامتنعت؛ فإن كان امتناعها بحق بأن امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل ـ فلها النفقة؛ لأنه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها، فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم، وعلى هذا قالوا: لو طالبها بالنقلة بعد ما أوفاها المهر إلى دار مغصوبة، فامتنعت ـ فلها النفقة؛ لأن امتناعها بحق، فلم يجب عليها التسليم، فلم تمتنع من التسليم حال وجوب التسليم.

ولو كانت ساكنةً منزلها فمنعته من الدخول عليها، لا على سبيل النشوز؛ فإن قالت: حولني إلى منزلك أو أكثر[1] لي منزلاً أنزله، فأني أحتاج إلى منزلي هذا آخذ كراءه ـ فلها النفقة؛ لأن امتناعها عن التسليم في بيتها؛ لغرض التحويل إلى منزله أو إلى منزل الكراء امتناع بحق، فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم، وإن كان بغير حق بأن كان الزوج قد أوفاها مهرها أو كان مؤجلاً فلا ـ نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم، فلم يوجد شرط الوجوب، فلا تجب؛ ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة.

ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها ـ فلها النفقة عند أبي حنيفة؛ لأنه منع بحق عنده، وعندهما: لانفقة لها، لكونه منعاً بغير حق عندهما. ولو منعت نفسها عن زوجها بعدما دخل بها عن كره منها ـ فلها النفقة؛ لأنها محقة في المنع، وإن كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالبالغة في النفقة؛ لأن المعنى الموجب للنفقة يجمعهما، وإن كانت لا يجامع مثلها ـ فلا نفقة لها عندنا، وعند الشافعي: لها النفقة؛ بناء على أن سبب الوجوب عنده النكاح، وشرطه عدم النشوز وقد وجد، أو شرط الوجوب عندنا تسليم النفس، ولا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها؛ لقيام المانع/ في نفسها من الوطء والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك؛ فانعدم شرط الوجوب؛ فلا يجب[2]. ١٣٩أ

---

(١) الكراء والإجارة بمعنى واحد في الاصطلاح كما هما بمعنى واحد في اللغة أي استأجر لي منزلاً.

(٢) **إطاقة الزوجة الوطء:**

شرط قال به جمهور العلماء؛ كأبي حنيفة، والشافعي في أظهر قوليه وأحمد والحسن، والمُزَنِيّ، والنَّخَعِيّ. وإسْحَاقَ. وأبي ثور.

فعلى هذا: لا نفقة للصغيرة التي لا تطيق الوطء، لصغرها.

وذهب الشافعي في أحد قوليه. والثوري، والظاهرية إلى وجوب نفقة الصغيرة، ولو في المهد.

واختلفت المالكية، فمنهم من اشترط إطاقة الوطء مطلقاً، ومنهم من اشترطها في غير المدخول بها، فمن=

....

= دخل بها الزوج - تجب عليه نفقتها، وهذا هو الذي استظهره البناني والدسوقي.
وقال أبو يوسف - صاحب أبي حنيفة -: إن كانت الصغيرة تخدم الزوج، وينتفع بخدمتها، فسلمت نفسها إليه، فإن شاء ردها، وإن شاء أمسكها؛ فإن أمسكها - فلها النفقة، وإن ردّها - فلا نفقة لها» ا هـ. واختاره بعض مشايخ الحنفية.
استدل القائلون باشتراط إطاقة الزوجة الوطء بأدلة ترجع كلها - بعد التأمل - إلى الدليل الآتي:
الصغيرة التي لا تطيق الوطء قام بها مانع من التمكين المؤدي إلى المقصود، فلا تجب لها النفقة، كما لو امتنعت من التمكين باختيارها أو منعه أولياؤها.
ويرد عليه **أولاً**: أن المريضة، والرتقاء، والكبيرة، اللاتي لا يمكن وطؤهن، قام بهن مانع كذلك مع وجوب نفقتهن.
ويجاب: بأن هؤلاء، وإن امتنع وطؤهن في الفرج - لم يمتنع مقصود النكاح بالكلية، إذ يمكن جماعهن فيما دون الفرج بالتفخيذ ونحوه.
فإن قيل: الصغيرة جدًا يمكن فيها ذلك.
فالجواب: أن كل ما قل يستنكر ذلك في الصغيرة التي لا تطيق الوطء، بخلاف العجوز، والمريضة، ونحوهما، فإن الطباع السليمة شأنها أن تشتهي الكبيرة دون الصغيرة.
ويرد عليه - ثانياً -: أن عدم الوجوب في المقيس عليه غير مسلّم، وهذا الإيراد إنما يتأتى ممن يقول: إن الناشزة تجب لها النفقة، كالحكم بن عتيبة، وابن حزم.
ولا جواب عليه إلا بالاستدلال على عدم الوجوب للناشز.
فإن استدل عليه بالإجماع أورد عليه أنه لا إجماع.
وإن استدل عليه: بأنّ النفقة بإزاء التمكين، أو الاحتباس المؤدي إلى المقصود.
أورد عليه: أنه غير مسلم، لمَ لا يجوز أن يكون بإزاء الاحتباس على الزوج مطلقاً؟
فالأوجه - فيما أرى - أن يعدلوا عن هذا القياس إلى الاستدلال الآتي، وإن لم يذكروه دليلاً لهذا الحكم، لو وجب الإنفاق على الصغيرة التي لا تطيق الوطء - لأنفق النبي ﷺ على عائشة قبل الدخول، لكنه لم ينفق.
وبيان الملازمة: أن عدم الإنفاق على عائشة دليل على عدم وجوبه، وعدم وجوبه، إما لعدم تسلمها، وإما لعدم عرض وليها، وإما لامتناعه من التسليم، وإما لصغرها لمانع من إطاقة الوطء.
لا جائز أن يكون لعدم تسلمها، وإلا لجاز أن يعقد الإنسان على زوجة صالحة للوطء، ويدعها في بيت أهلها طول دهرها بلا نفقة، ولا لعدم عرض وليها، إذ العرض والسكوت سيّان، فإنّ الإقدام على العقد متضمن للرضا بالزفاف فالسكوت بعده مساوٍ للعرض، ولا لامتناع وليها من تسليمها، لأنه لو دفع - لنقل، فلا بُدّ أن يكون لصغرها المانع من إطاقة الوطء، وهذا استدلال قويٌّ.
لكن للذاهبين مذهب أبي يوسف أن يقولوا: لا تسلم أنه لصغرها فقط، بل لصغرها فقط، بل لصغرها مع عدم أخذ النبي ﷺ إياها، للانتفاع بها في الخدمة.
ولا جواب إلا ببيان أن الانتفاع بالخدمة لا يلحق بالاستمتاع.
(٣) استدل مانعوا اشتراط إطاقة الوطء مطلقاً - وهم القائلون بوجوب الإنفاق على الزوجة الصغيرة، ولو في المهد، ولو في بيت أهلها - بثلاثة أدلة: =

....

= ١ - أن النصوص التي أوجبت النفقة للزوجة لم تفرق بين صغيرة وكبيرة، فوجب العلم بمقتضاها في الصغيرة، كما وجب في الكبيرة ويرد عليه: أن النصوص على فرض إطلاقها يستثنى منها الصغيرة التي لا تطيق الوطء، لما عرف من عدم إنفاق النبي ﷺ على عائشة، قبل البناء بها.

على أن من تأمل في النصوص لم يجدها مطلقة، وإليك البيان: أما قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ فمرجع الضمير فيهع للوالدات، فلا يتناول الصغيرات.

وأما قول سبحانه: ﴿لِيُنْفِقْ ذو سِعَةٍ من سِعَتِهِ﴾ فلم ينص فيه على المنفق عليه؛ فوجب أن يعم كل مستحقٌ للنفقة، ولا تعلم أفراد المستحقين من زوجة وغيرها إلا بدَليلٍ آخَرَ، فلا دلالة فيه على وجوب نفقة الزوجة، كبيرة كانت أو صغيرة.

وأما قوله ﷺ: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ» فالضمير فيه راجع إلى النساء اللاتي أخِذْنَ بأمان الله، واستحلت فروجهن بكلمة الله؛ فلا يشمل الصغائر اللّاتي لا يطقن الوطء، إذ لا تحل فروجهن، لتأدية الجماع إلى ضررهن.

وقد يجاب على هذا الأخير: بأن المراد: استحلال الاستمتاع بالفروج، ولو بالإجماع، وإلا لما وجبت نفقة الرتقاء، والعجوز التي لا تطيق الوطء.

وهذا جواب قويّ، لكنه لا ينفع أرباب هذا المذهب، إذ غايته أن يكون النص عامًّا؛ فيخص بإخراج الصغيرة، التي لا تطيق الوطء، بدليل عدم الإنفاق على عائشة.

ب - إن الصغيرة التي لا تطيق الوطء، تعذر وطؤها بغير فعلها؛ فلم يمنع نفقها، كالرتقاء، والقرناء، والمريضة، والعجوز.

ويرد عليه: أنه قياس مع الفارق، فإن المقيس عليهن لا يقبح من ذوي الطباع السليمة جماعهن فيما دون الفرج؛ فاحتباسهن موصل إلى المقصود، بخلاف الصغيرة التي لا تطيق الوطء.

جـ - إن النفقة عرض عن مطلق الاحتباس الناشىء عن عقد الزواج، أو الاحتباس الذي لم يصحبه مانع اختياري من جهة الزوجة، وكل ما كان كذلك يجب للزوجة الصغيرة التي لا تطيق الوطء.

ويرد عليه: أن الصغرى مَمْنُوعَةٌ، وسند المنع أَنَّ النَّفَقَةَ لو كانت عِوَضاً عن شيء من ذلك - لوجبت للسيدة عَائِشَةَ - رضي الله عنها - قبل الدخول، فهي إذاً عوض عن الاحتباس المؤدي إلى المقصود.

(٣) ذهب اللقاني من المالكية إلى أن الصغيرة التي لا تطيق الوطء لا تجب نفقتها، سواء أدخل بها الزوج، أم لا، وهذا كالمذهب الأول، وقد سبق بيان وجهته.. وصحح صاحب «التوضيح» منهم أن المدخول بها تجب نفقتها، وإن لم تطق الوطء، وغير المدخول بها لا تجب نفقتها إلا إذا كانت مطيقة للوطء، وهذا القول، هو الذي استظهروه، لكنهم لم يذكروا له دليلاً، كعادتهم في سَرْدِ الأَحْكَامِ، والسكوت عن الأدلة.

ويظهر أن وجهته: أن المدخول بها قد حصل المقصود من نكاحها، وإن كان في الدخول بها ضرر وإيذاء؛ فتجب نفقتها؛ لحصول المعوض، وغير المدخول بها ليست كذلك.

وقد يقال: من قبل الذاهبين مذهب أبي يوسف: إن الحكم في المدخول بها مسلّم، وأما غير المدخول بها، فإن تسلمها الزوج، وانتفع بخدمتها - فالذي ينبغي وجوب الإنفاق عليها أيضاً؛ للرضا بالتسليم الناقص على ما يأتي.

(٤) استدل لأبي يوسف: حيث يقول، بوجوب نفقة الصغيرة، التي لا تطيق الوطء، إذا تسلمها الزوج، =

....

= وهي صالحة للانتفاع بالخدمة، أو الائتناس، وبعدم الوجوب في غير هذه الحالة ـ بأن الصغيرة التي لا تطيق الوطء، إن سلّمت نفسها، وكانت ممن ينتفع الزوج بخدمتها، أو يستأنس بها ـ فإما أن يمسكها، وإما أن يردها، فإن أمسكها ـ فقد حصل له منها نوع منفعة، وضرب من الاستمتاع، مع رضاه بالتسليم القاصر، فعليه نفقتها، وإنْ رَدَّهَا ـ فالتسليم المؤدي إلى المقصود لم يحصل، والتسليم القاصر لم يرض به، فلا نفقة لها، كما لو لم تسلم نفسها، أو سلمت، ولم ينتفع بها.

ويرد عليه من قبل القائلين بالوجوب مطلقاً: أن النفقة جزاء الاحتباس، لعدم التفصيل في الأدلة.

وجوابه: أن عدم الإنفاق على عائشة ـ رضي الله عنها ـ يستلزم أن النفقة جزاء الاحتباس المؤدي المقصود، وذلك لا يكون إلا حيث تطيق الوطء، أَوْ لا تطيقه، ولكن يرضى الزوج بالانتفاع بها في الخدمة.

ويرد عليه من قبل المانعين مطلقاً: أن النفقة عوض عن الاحتباس، أو التمكين المؤدي إلى المقصود، ومهما حصل نوع انتفاع، واستمتاع مع الرضا بالتسليم القاصر، لم يحصل المعوَّض عنه، فلا يجب عوضه.

والجواب: أن النفقة، وإن كانت عوضاً عن التسليم الكامل، إلا أن التسليم الناقص يدل منه عند الرضا، والرضا بالبدل رضا بعوضه المبدل منه.

والذي يظهر لي: أن إطاقة الزوجة الوطء شرط عند عدم انتفاع الزوج بخدمة الزوجة؛ كما ذهب إليه أبو يوسف والعمدة في ذلك ترك الإنفاق على عائشة قبل الدخول؛ فإنه يستنبط منه أن العلة في الإنفاق: الاحتباس المؤدي إلى المقصود ويلحق به الرضا بالاحتباس المؤدي إلى الخدمة.

تنبيهان: **الأول**: اختلفت عبارات الحنفية في الكلام على هذه المسألة، ففي «المبسوط»: «ولا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها» وفي «تنوير الأبصار»: «فتجب للزوجة على زوجها، ولو صغيرة تطيق الوطء».

وفي «شرحه الدر المختار». ، بعد قوله: «تطيق الوطء» ما نصه:

«أو تشتهي للوطء فيما دون الفرج».

وفي «البداية»: «إن كانت صغيرة، لا يستمتع بها ـ فلا نفقة لها».

والمراد من جميع العبارات: أن التي لها النفقة هي التي تطيق الوطء، ولو من واحد ممن يطيق الوطء، ولو بحسب الظاهر. فالمراد بالاستمتاع في عبارة «البداية»: الوطء، والمراد بالاشتهاء للوطء فيما دون الفرج في عبارة «الدر»: الاشتهاء في الطبع السليم للوطء فيما دون الفرج بالمفاخذة، ونحوها، وذلك لا يكون إلا ممن يطيق الوطء بحسب الظاهر.

ومما يتعجب منه ما في بعض شروح الأحوال الشخصية، من أن التي تشتهى للقبلة، أو اللمس مثلاً تجب لها النفقة؛ فإن الرضيعة قد تشتهى للقبلة واللمس، فلا يكون لهذا الشرط معنى حينئذ.

الثاني: لم أر فيما راجعته من كتب الشافعية والمالكية تقديراً لسن مطيقة الوطء.

وفي «الإقناع للحنابلة»: «وهي من يوطأ مثلها» ا هـ، وفي «شرحه كشاف القناع» ما نصه: «كذا أطلقه المصنف هنا، تبعاً للمزني، وأبي الخطاب، وابن عقيل، والموفق، والشيرازي، وأناط القاضي ذلك بابنة تسع سنين، وتبعه في «المحرر» و«الوجيز»، وهو مقتضى نص أحمد في رواية صالح وعبد الله، وسئل =

وقال أبو يوسف: إذا كانت الصغيرة تخدم الزوج، وينتفع الزوج بها بالخدمة، فسلمت نفسها إليه؛ فإن شاء ردها وإن شاء أمسكها، فإن أمسكها فلها النفقة، وإن ردها فلا نفقة لها؛ لأنها إذا لم تحتمل الوطء لم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فكان له أن يمتنع عن القبول، فإن أمسكها فلها النفقة؛ لأنه حصل له منها نوع منفعة، وضرب من الاستمتاع، وقد رضي بالتسليم القاصر، وإن ردها فلا نفقة لها حتى يجيء حال يقدر فيها على جماعها؛ لانعدام التسليم الذي أوجبه العقد وعدم رضاء بالتسليم القاصر.

وإن كان الزوج صغيراً والمرأة كبيرة ـ فلها النفقة؛ لوجود التسليم منها على التفسير الذي ذكرنا[(١)]، وإنما عجز الزوج عن القبض، وأنه ليس بشرط لوجوب النفقة؛ وكذلك لو كان

= متى تؤخذ من الرجل نفقة الصغيرة؟ فقال: مثلها يوطأ؛ كبنت تسع سنين، ويمكن حمل الإطلاق على هذا، لقول عائشة: «إذا بلغت الجارية تسعاً ـ فهي امرأة» ا هـ.

وفي «الفتح» من كتب الحنفية: «اختلف في محتملة الوطء، فقيل: أقلها سبع سنين، وقال العتابي: اختيار مشايخنا تسع سنين.

والحق عدم التقدير، فإن احتماله يختلف باختلاف البيئة.

ينظر النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، والنهاية ٦/ ٢٥٦، الأم للشافعي ٥/ ٧٨، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٧٥.

(١) اختلف الفقهاء في اشتراط بلوغ الزوج، أو إطاقته الوطوء، أو عدم اشتراطهما على أربعة أقوال:
(أحدها): اشتراط إطاقة الوطء؛ بمعنى: أن لا يكون صغيراً صغراً يمنع معه الوطء.
وهو أحد قولي الشافعي، وعليه لا نفقة لزوجة الصغير الذي لا يطيق الوطء.
ثانيها: اشتراط بلوغه، وهو قول اللقاني من المالكية، وعليه لا نفقة لزوجة الصغير، وإن أطاق الوطء، أو دخل بالزوجة.
ثالثها: اشتراط بلوغه ما لم يدخل بالزوجة، وهو قول صاحب «التوضيح» من المالكية، وعليه لا نفقة لزوجة الصغير التي لم يدخل بها، وإن أطاق الوطء، بخلاف التي دخل بها، فإن عليه نفقتها.
رابعها: عدم اشتراط بلوغه، ولا إطاقة للوطء، وهو مذهب الحنفية، والحنابلة، وابن حزم، وأظهر قولي الشافعي، وعليه تجب نفقة زوجة الصغير، وإن لم يطق الوطء، ما لم يكن هناك مانع آخر.
وسأذكر دليل كل من هذه المذاهب، وما يرد عليه من المناقشات وأتبع ذلك بما أختار، فأقول:
أ ـ أما من ذهب إلى اشتراط إطاقة الزوج الوطء بألاَّ يكون صغيراً صِغَراً مانعاً منه ـ فقد استدل بأن الصَّغير المذكور لا يتمكن من الاستمتاع؛ لسبب هو معذور فيه؛ فلا تلزمه النفقة، كما لو كانت الزوجة صغيرة، أو ناشزة.
ويرد عليه: أن الناشزة والصغيرة، فات الاستمتاع بهما، بمعنى من جهتهما، بخلاف زوجة الصغير، إذا لم تكن ناشرة، ولا صغيرة ـ فإن فوات الاستمتاع بها إنما هو لمعنى من جهة الزوج.
وحاصل هذا الإيراد: أن العلة في وجوب نفقة الزوجة احتباسها المؤدي إلى المقصود، بزوال المانع من جهتها، لا بزوال المانع مطلقاً، وإلا لما وجب إنفاق العنين، والمجبوب، والمريض، والمحبوس، والغائب على زوجاتهم. وهذه العلة موجودة في زوجة الصغير، دون الناشزة والصغيرة، فقياسها عليهما لا يصح. =

الزوج مجبوباً، أو عنيناً، أو محبوساً في دين، أو مريضاً لا يقدر على الجماع، أو خارجاً للحج ـ فلها النفقة لما قلنا.

ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضاً يمنع من الجماع فنقلت وهي مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضاً، فإذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهي لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج، وإن كانت تمتنع فلا نفقة لها كالصحيحة. كذا ذكر في ظاهر الرواية.

وَرُوَي عَنْ أبي يوسف: أنه لا نفقة لها قبل النقلة، فإذا نقلت وهي مريضة ـ فله أن

= ب ـ وأما من ذهب إلى اشتراط بلوغه ـ فلعل دليله: أن غير البالغ لا يتمكن من الوطء المقصود من النكاح، وهو الوطء الذي يمكن معه التناسل؛ فلا تلزمه النفقة، كما لو كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الوطء، أو ناشزة.

جـ ـ وأما من ذهب إلى اشتراط بلوغه ـ ما لم يدخل بزوجته ـ فلعل دليله: أن من دخل بزوجته، وهو صغير ـ فقد استوفى منفعة البضع، وإن لم يتلذذ؛ فتجب عليه النفقة؛ كما لو كان مريضاً ومن لم يدخل بزوجته، وهو صغير ـ فإنه لم يستوفِ منفعة البضع، ولم يتمكن من الوطء المقصود، فلا نفقة عليه.

ويمكن أن يقال له: سلّمنا الشق الأدلة، وأما الثاني ـ فلا؛ لأنه وإن لم يستوف منفعة البضع، ولم يتمكن من الوطء المقصود ـ إلاَّ أنه قد سلم له البضع بلا مانع من الانتفاع به من جهة الزوجة، فتجب عليه النفقة، كمن دُعِيَ إلى الدخول فامتنع.

د ـ وأما من ذهب إلى عدم اشتراط شيء من البلوغ، والإطاقة ـ فدليله ـ أولاً ـ عموم النص للصغير، إطاقة الوطء، أو لم يطق، وهو قوله ﷺ: «ولهنَّ عليكم رِزقُهُنَّ، وَكِسوَتُهُنَّ بالمعْرُوفِ» ولم يوجد ما يخصصه بالكبير.

وقد يقال: الخطاب للبالغين، لأنه خطاب تكليف.

والجواب: أنه خطاب تكليف للأزواج المكلفين، وأولياء الأزواج غير المكلفين، وهو يتضمن خطاب وضع، بمعنى: جَعْل الاحتباس، بالزواج سبباً في وجوب النفقة، وهذا عامٌ للأزواج المكلفين وغيرهم، ونظيره قوله تعالى: ﴿وآتوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نحلَةً﴾ إذ من المعلوم أن المهر واجب في مال الأزواج، ولو غير مكلفين وإن كان المخاطب بالدفع أولياءهم.

ثانياً: إن زوجة الصغير ـ ما لم يكن هناك مانع سوى صغره ـ قد سلّمت نفسها تسليماً صحيحاً؛ فتجب لها النفقة؛ لما لو كان كبيراً فإن قيل: تسليمها غير صحيح؛ لأنه لا يؤدي إلى المقصود، حيث لا يمكن الاستمتاع بها.

فالجواب: أن عدم إمكان الاستمتاع لم يأت من قبلها، وإنما أتى من قبله، فلا يمنع صحة تسليمها، كما لو كان غائباً، أو مريضاً.

ومن تأمل فيما سبق لم يسعه إلا ترجيح القول بعدم اشتراط شيء من البلوغ، أو الإطاقة، فتجب النفقة على الصغير؛ بمعنى: أن احتباس الزوجة سبب في شغل ذمته، فتؤدي من ماله، والمخاطب بتأديتها وليه، لأنه النائب عنه في أداء الواجبات عليه، كما يؤدِّي أُرُوش جناياته، وقيم متلفاته وزكواته.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد التحفة ٨/ ٣٣٠، النهاية ٦/ ٢٥٦،الأم للشافعي ٥/ ٧٨.

يردها. وجه رواية أبي يوسف: أنه لم يوجد التسليم؛ إذ هو تخلية وتمكين، ولا يتحقق ذلك مع المانع، وهو تَبَوُّءُ المحل، فلا تستحق النفقة؛ كالصغيرة التي لا تحتمل الوطء، وإذا سلمت نفسها وهي مريضة له ـ أن يردها؛ لأن التسليم الذي أوجبه العقد، وهو التسليم الممكن من الوطء، لما لم يوجد كان له ألا يقبل التسليم الذي لم يوجبه العقد، وهكذا قال أبو يوسف في الصغيرة التي لم يجامع مثلها أن له أن يردها لما قلنا.

وجه ظاهر الرواية أن التسليم في حق التمكين من الوطء إن لم يوجد، فقد وجد في حق التمكين من الاستمتاع، وهذا يكفي لوجوب النفقة؛ كما في الحائض، والنفساء، والصائمة صوم رمضان. وإذا امتنعت، فلم يوجد منها التسليم رأساً ـ فلا تستحق النفقة.

وقال أبو يوسف: إذا كانت المريضة تؤنسه، وينتفع بها في غير الجماع، فإن شاء ردها وإن شاء أمسكها، فإن أمسكها فلها النفقة، وإن ردها فلا نفقة لها؛ لما ذكرنا في الصغيرة، وإن نقلت وهي صحيحة، ثم مرضت في بيت الزوج مرضاً لا تستطيع معه الجماع ـ لم تبطل نفقتها بلا خلاف؛ لأن التسليم المطلق وهو التسليم الممكن من الوطء والاستمتاع قد حصل بالانتقال؛ لأنها كانت صحيحة؛ كذا الانتقال، ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فأشبه الحيض، أو نقول: التسليم المستحق بالعقد في حق المريضة التي لا تحتمل الجماع قبل الانتقال وبعده ـ وهو التسليم في حق الاستمتاع لا في حق الوطء؛ كما في حق الحائض.

وكذا إذا نقلها ثم ذهب عقلها، فصارت معتوهة مغلوبة، أو كبرت فطعنت في السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها، أو أصابها بلاء ـ فلها النفقة لما قلنا، ولو حبست في دين ذكر في «الجامع الكبير» أن لا نفقة لها، ولم يفصل بين ما إذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده، وبين ما إذا كانت قادرة على التخلية أو لا؛ لأن حبس النكاح قد بطل بأعراض حبس الدين؛ لأن صاحب الدين أحق بحبسها بالدين، وفات التسليم أيضاً بمعنى من قبلها وهو مطلها؛ فصارت كالناشزة.

وذكر الكرخي أنها إذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة، فإن كانت تقدر على أن تخلي بينه وبين نفسها ـ فلها النفقة، وإن كانت في موضع لا تقدر على التخلية ـ فلا نفقة لها، وهذا تفسير ما أجمله محمد في «الجامع»؛ لأنها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها ـ فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج، وهذا تفسير التسليم، فإن لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها، وإن كانت لا تقدر على التخلية ـ فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها، فلا تستوجب النفقة، ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا في المريضة.

وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما إذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه، فأما إذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض ـ فلا نفقة لها، وهذا صحيح؛

لأنها إذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كأنها حبست نفسها، فتصير بمعنى الناشزة، ولو فرض القاضي لها النفقة، ثم أخذها/ رجل كارهة، فهرب بها شهراً، أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لفوات التسليم لا لمعنى من جهة الزوج. ١٣٩ب

وروي عن أبي يوسف: أن لها النفقة؛ لأن الفوات ما جاء قبلها، والرتقاء[1] والقرناء[2] لهما النفقة بعد النقلة، وقبلها إذا طلبتا، ولم يظهر منهما الامتناع في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف: أن لهما النفقة بعد الانتقال فأما قبل الانتقال ـ فلا نفقة لهما.

وجه رواية أبي يوسف: أن التسليم الذي أوجبه العقد لم يوجد في حقهما قبل الانتقال وبعده، إلا أنه لما قبلهما مع العلم بالعيب، فقد رضي بالتسليم القاصر؛ كما قال في المريضة، إلا أن هٰهنا قال: لا يجوز أن يردهما، وقال في الصغيرة التي ينتفع بها في الخدمة، والمريضة التي يستأنس بها: إن له أن يردهما.

وجه ظاهر الرواية: أن العقد انعقد في حقهما موجباً تسليم مثلهما، وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطء، وهذا النوع من التسليم يكفي لاستحقاق النفقة؛ كتسليم الحائض والنفساء، والمحرمة والصائمة، مع ما أن التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة إزالة المانع مع الرتق، والقرن بالعلاج، فيمكن الانتفاع بهما وطئاً.

ولو حجت المرأة حجة فريضة، فإن كان ذلك قبل النقلة، فإن حجت بلا محرم ولا زوج ـ فهي ناشزة، وإن حجت مع محرم لها دون الزوج ـ فلا نفقة لها في قولهم جميعاً؛ لأنها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم، فصارت كالناشزة، وإن كانت انتقلت إلى منزل الزوج، ثم حجت مع محرم لها دون الزوج ـ فقد قال أبو يوسف لها النفقة، وقال محمد: لا نفقة لها.

وجه قول محمد أن التسليم قد فات بأمر من قبلها، وهو خروجها؛ فلا تستحق النفقة كالناشزة.

ولأبي يوسف أن التسليم المطلق قد حصل بالانتقال إلى منزل الزوج، ثم فات بعارض أداء فرض، وهذا لا يبطل النفقة؛ كما لو انتقلت إلى منزل زوجها، ثم لزمها صوم رمضان، أو نقول: حصل التسليم المطلق بالانتقال، ثم فات لعذر ـ فلا تسقط النفقة كالمريضة، ثم إذا

---

(١) الرتقاء: التي انْسَدَّ فَرْجُهَا، يقال: امرأة رتقاء بينة الرتق: لا يستطاع جماعها؟ لارتقاق ذلك الموضع منها. النظم المستعذب ٢/ ٢٢٥.

(٢) القَرْنَاءُ والقَرْنُ: العَفَلَةُ الصغيرة في الفرج النظم المستعذب (٢/ ١٤١).

وجبت لها النفقة على أصل أبي يوسف يفرض لها القاضي نفقة الإقامة لا نفقة السفر؛ لأن الزوج لا يلزمه إلا نفقة الحضر، فأما زيادة المؤنة التي تحتاج إليها المرأة في السفر من الكراء، ونحو ذلك ـ فهي عليها لا عليه؛ لأنها لأداء الفرض والفرض عليها، فكانت تلك المؤنة عليها لا عليه كما لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج، فإن جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج إقامة لا تحتاج إليها ـ سقطت نفقتها؛ لأنها غير معذورة في ذلك، فصارت كالناشزة، فإن طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجيء ـ لم يكن على الزوج ذلك، ولكن يعطيها نفقة شهر واحد، فإذا عادت أخذت ما بقي؛ لأن الواجب عليه لها نفقة الإقامة لا نفقة السفر، ونفقة الإقامة تفرض لها كل شهر فشهر وهذه الجملة لا تتفرع على أصل محمد، هذا إذا لم يخرج الزوج معها إلى الحج، فأما إذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجوه التسليم المطلق؛ لإمكان الانتفاع بها وطأ استمتاعاً في الطريق؛ فصارت كالمقيمة في منزله.

ولو آلى منها، أو ظاهر منها ـ فلها النفقة؛ لأن حق الحبس قائم، والتسليم موجود، ولتمكنه من وطئها، والاستمتاع بها بغير واسطة في الإيلاء، وبواسطة تقديم الكفارة في الظهار، فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها؛ فتجب.

ولو تزوج أخت امرأته أو عمتها أو خالتها، ولم يعلم بذلك حتى دخل بها ـ فرق بينهما، ووجب عليه أن يعتزلها مدة عدة أختها؛ فلامرأته النفقة؛ لوجود سبب الوجوب وشرطه، وهو التسليم، إلا أنه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول، فأشبه الحيض والنفاس، وصوم رمضان، ولا نفقة لأختها، وإن وجبت عليها العدة؛ لأنها معتدة من نكاح فاسد.

وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا تزوج حر أو عبد أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد؛ أنه إن بوأها المولى تجب النفقة، وإلا فلا؛ لأن سبب الوجوب وهو حق الحبس، وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوئة؛ لأن التبوئة؛ هو أن يخلي المولى بينها وبين زوجها في منزل زوجها لاستخدامها[1]، فإذا كانت مشغولة بخدمة المولى ـ لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة إليه، ولا يجبر المولى على التبوئة؛ لأن خدمتها حق المولى، فلا يجبر الإنسان على إيفاء حق نفسه لغيره، فإن بوأها المولى، ثم بدا له أن يستخدمها ـ فله ذلك؛ لما ذكرنا أن خدمتها حق المولى؛ لأن منافع سائر الأعضاء بقيت على ملكه، وإنما أعارها للزوج بالتبوئة، وللمعير أن يسترد عاريته، ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام/ لفوات التسليم فيها من جهة المولى، ولو بوأها مولاها بيت الزوج، فكانت تجيء في أوقات إلى مولاها، فتخدمه من غير أن يستخدمها ـ قالوا: لا تسقط نفقتها؛ لأن الاسترداد إنَّما يَحْصُلُ بالاستخدام ولم يوجد؛ ١٤٠أ

(١) في ط: لا يستخدمها.

ولأن هذا القدر من الخدمة لا يقدح في التسليم؛ كالحرة إذا خرجت إلى منزل أبيها، وإن كانت مكاتبة تزوجت بإذن المولى حتى جاز العقد ـ فلها النفقة ولا يشترط التبوئة؛ لأن خدمتها ليست حق المولى؛ إذ لا حق للمولى في منافعها.

ألا ترى أنه ليس للمولى أن يستخدمها، فكانت في منافعها كالحرة، فيجبر المولى على التسليم، ويجب على الزوج النفقة، والعبد إذا تزوج بإذن المولى حرة أو أمة فهو في وجوب النفقة كالحر؛ لاستوائهما في سبب الوجوب، وهو حق الحبس، وشرطه وهو التسليم، ولهذا استويا في وجوب المهر، إلا أن الفرق بينهما أن النفقة إذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه ـ يباع فيها، إلا أن يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون، ويبدأ بها قبل الغَلَّة لمولاه؛ فإن كان المولى ضرب عليه ضريبة، فإن نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه؛ لأنها بالفرض صارت ديناً في رقبته حتى يباع بها، فأشبه سائر الديون، بخلاف الغلة؛ فإنها لا تجب للمولى على عبده دين في الحقيقة، فإن مات العبد قبل البيع بطلت النفقة، ولا يؤخذ المولى بشيء؛ لفوات محل التعليق فيبطل التعليق؛ كالعبد المرهون إذا هلك يبطل الدين الذي تعلق به.

وكذلك إذا قتل العبد في ظاهر الرواية، وذكر الكرخي أنه إذا قتل كانت النفقة في قيمته.

وَجهُ ما ذَكَرهُ الكِرْخِيُّ أنَّ القيمةَ قَامَتْ مَقَامَ العَبْدِ؛ لأنَّها بَدَلُهُ فتقومُ مقامَهُ كأنه هو؛ كما في سائر الديون.

وجه ظاهر الرواية: أن القيمة إنما تقام مقام الرقبة في الديون المطلقة، لا فيما يجري مجرى الصلات، والنفقة تجري مجرى الصلات على أصل أصحابنا؛ لما نذكر إن شاء الله ـ تعالى ـ، فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلات؛ ولهذا لو كان الزوج حراً فقتل خطأ ـ سقطت عندنا، ولا تقام الدية مقامه، فكذا إذا كان عبداً وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا، غير أن هؤلاء لا يباعون؛ لأن ديونهم تتعلق بأكسابهم لا برقابهم؛ لتعذر استيفائها من رقابهم؛ لأن الاستيفاء بالبيع، ورقابهم لا تحتمل البيع.

وأما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن؛ لتصور الاستيفاء من رقبته لاحتمال العجز؛ لأنه إذا عجز يعود قناً، فيسعى فيها ما دام مكاتباً فإذا قضى بعجزه وصار قناً ـ يباع فيها، إلا أن يفديه المولى؛ كما في[1] الكتابة.

وأما المعتق البعض فهو عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب، إلا أنه لا يتصور فيه العجز،

---

(١) في أ: قبل.

والبيع في الدين، فيسعى في نفقتها، وعندهما: هو حر عليه دين، ولا يجب على العبد نفقة ولده، سواء كان من امرأة حرة أو أمة؛ لأنه إن كان من حرة يكون حّراً؛ فلا يجب على العبد نفقة الحر، وتكون على الأم نفقته إن كانت غنية، وإن كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة، وإن كان من أمة فيكون عبداً لمولاها؛ فلا يلزم غيره نفقته.

وكذلك الحر إذا تزوج أمة فولدت له أولاداً ـ فنفقة الأولاد على مولى الأمة؛ لأنهم مماليكه، والعبد والحر في ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد في هذا كالأمة القنة لما قلنا.

وإن كان مولى الأمة في هذه المسائل فقيراً والزوج أب الولد غنياً ـ لا يؤمر الأب بالنفقة على ولده، بل إما أن يبيعه مولاه أو ينفق عليه إن كان من أمة قنة، وإن كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الأب عليه، ثم يرجع على المولى إذا أيسر لتعذر الجبر على البيع هٰهنا؛ لعدم قبول المحل.

فأما إذا كانت مكاتبة فنفقة أولادها لا تجب على زوجها، وإنما تجب على الأم المكاتبة، سواء كان الأب حراً أو عبداً؛ لأن ولد المكاتبة ملك المولى رقبة، وهو حق المكاتبة كسباً، ألا ترى أنها تستعين بإكسابه في رقبتها وعتقها، وإذا كانت إكسابه حقاً لها كانت نفقته عليها، لأن نفقة الإنسان تتبع كسبه، قال النبي ﷺ: «**إِنَّ أَطْيَبَ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ[1] مِنْ كَسْبِهِ**»[2]، وإن زوّج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد؛ لأن البنت يجب لها على أبيها دين، فيجوز أن يجب على عبد أبيها. وإن زوّج أمته من عبده فنفقتهما جميعاً على المولى لأنهما جميعاً ملك المولى والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

والكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه، والذمي في وجوب النفقة عليه لزوجته التي ليست/ من محارمه كالمسلم؛ لاستوائهما في سبب الوجوب وشرطه، ولأن ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذمي في النفقة؛ ولقول النبي ﷺ: «**وَإِذَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَّةِ ـ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ، وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ**»[3]، وعلى المسلم نفقة زوجته، فهكذا على الذمي.

١٤٠ب

(١) في أ: أكل المرء.

(٢) أخرجه النسائي (٧/ ٢٤١) كتاب: البيوع، باب: الحث على الكسب، رقم: (٤٤٥٢) وابن ماجه (٢/ ٧٢٣) كتاب: التجارات باب: الحث على المكاسب، رقم: (٢١٣٧) وأحمد (٦/ ٣١ ـ ٤٢ ـ ١٢٧ ـ ١٩٣)، والبيهقي (٧/ ٤٨٠) كتاب النفقات، باب: نفقة الأبوين، والدارمي (٢/ ٢٤٧) كتاب: البيوع، باب: الكسب وعمل الرجل بيده. وابن حبان موارد الظمآن (٣/ ٤٢٤)، رقم: (١٠٩١ ـ ١٠٩٢) وعبد الرزاق في «المصنف» (٩/ ١٣٣) باب: ما يناله الرجل من مال ابنه وما يجبر عليه من النفقة، رقم: (١٦٦٤٣) ذكره الهندي في «كنز العمال» (٤/ ٨) في فضائل الكسب الحلال رقم (٩٢٢٤).

(٣) سيأتي في الجزية.

وأما إذا كانت من محارمه: فقد قال أبو حنيفة: أنها إذا طلبت النفقة؛ فإن القاضي يقضي بالنفقة لها، وعند أبي يوسف ومحمد وزفر والشافعي: لا يقضي؛ بناء على أن هذا النكاح فاسد عندهم، وأما عند أبي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا: أنه صحيح عندهم حتى قال: إنهما يقران عليه، ولا يعترض عليهما قبل أن يترافعا، أو يسلم أحدهما.

وذكر الكرخي أن هذا النكاح فاسد بالإجماع، وإنما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح؛ لأنهما يقران عليه مع فساده عنده، فإن أبا حنيفة قال: إني أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها، جائزاً كان النكاح عندي أو باطلاً، ووجهه أنه لما أقره على نكاحها فقد ألحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح في حق وجوب النفقة، وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح في بعض الأحكام من النسب، والعدة، وغير ذلك، ويستوي في استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة النفقة على زوجها وإن كانت موسرة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه؛ ولأن هذه النفقة لها شبه بالإعواض، فيستوي فيها الفقير والغني؛ كنفقة القاضي والمضارب، بخلاف نفقة المحارم؛ أنها لا تجب للغني؛ لأنها تجب صلة محضة لمكان الحاجة، فلا تجب عدم الحاجة [ولا نفقة للناشز][1]، وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي، لكنها لا تصير ديناً في الذمة إلا بقضاء أو رضا، على ما نذكر إن شاء الله ـ تعالى ـ، بخلاف نفقة ذوي الأرحام؛ فإنها لا تجب من غير قضاء القاضي، ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير قضاء القاضي، والفرق بين هذه الجملة يذكر في نفقة الأقارب إن شاء الله ـ تعالى ـ، ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز[2]، والنشوز في

---

(١) سقط في ط.

(٢) النشوز: خروجُ المرأةِ عن طاعة زوجها على وجهٍ مخصوصٍ.

وقد اختلف الفقهاءُ في تفصيل الأوجه التي يحصل بها: فالشافعية ذكروا: منعها الزوج من التمتع بها من غير عذر، ولو بنحو نظر، أو لمس، وامتناعها من السَّفَرِ معه، ولو لغير نقله عند أمن الطريق والمقصد، وخروجها من مسكنها لغير عُذْرٍ، إن لم يأذن لها، أو تعلم رضاه، وحبسها إياه ظلماً، وابتداءها، أو إتمامها نفلاً مطلقاً من صلاة أو صوم أو اعتكاف بعد منعه إياها.

والحنفية ذكروا: خروجها من منزلِ الزوج، وامتناعها عن دخوله، ومنعها إياه من دخول منزلها، وامتناعها من السَّفر معه.

وتبدو كلاً من هذه الأربعة بكونه بغير حق. واختلفوا: متى يكون امتناعُها من السفر بحقٍّ، ومتى يكون بغير حق؟ فمنهم من قال: إذا كان أقل من مسافة القصر ـ كان امتناعُها بغير حَقٍّ، وإذا زاد عن ذلك ـ كان بحقٍّ. ومنهم من فصَّل تفصيلاً آخر، ولا حاجة إلى استقصاء ذلك هنا.

ولم يجعلوا من النُّشوز منعها إياه من التمنع مع بقائها معه؛ لأن الظاهر قدرتُه على تحصيلِ مقصودِهِ حينئذٍ، ولو كرها.

والحنابلة ذكروا: امتناعها من الاستمتاع، ولو بغير وَطْءٍ، أو من المبيت معه في فراشه، وخروجها من =

....

= منزله بغير إذنه، وامتناعها من الانتقال معه إلى مسكن مثلها، أو من السفر معه، وإحرامها بحج منذور في ذمتها أو بحج منذور معين في وقته، أو بحج تطوع، وصومها نذراً، أو قضاء مع اتِّساعِ وقته بدون إذنه، أو نذراً معيناً في وقته، أو تطوّعاً، امتنعت فيه من الفطر عند طلبه، وحبسها إياه ظلماً.

والمالكية ذكروا: الخروج عن محل طاعة الزوج الحاضر ظلماً، بلا إذن، وهي في عصمته، إن كان خفية لمكان مجهول، سواء أقدر على ردِّها، أم لا، وكذا إن كان جهراً، أو خفية لمكانٍ معلومٍ، ولم يقدر على منعها ابتداء، ولا على ردِّها، وتطوعها بالحج بدون إذنه.

وأما منعها الزوج من الاستمتاع ـ ففيه روايتان المشهورة منها: أنه نشوزٌ.

هذا بيان الاختلاف في الأوجه التي يحصل بها النشوز إجمالاً.

وأما حكم النشوز، من حيث إنه يسقط نفقة الزوجة، أو لا يسقطها، فقد اختلفوا فيه على مذهبين:

أولهما: أنه يسقط النفقة، وهو مذهب جمهورِ الفقهاءِ من الأئمة الأربعة، وغيرهم، كشريح، والشعبي، والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، والحسن، والزهري، والأوزاعي، وأبي ثور.

ومن هؤلاء من يستثني الحامل بناء على أن النفقة للحمل، كالمالكية، وأحمد ـ في أرجح الروايتين، وسيأتي في نفقة المعتدة الخلاف في أن النفقة للحمل، أو الحامل.

ثانيهما: أنه لا يسقطها، وإليه ذهب الحكم بن عتيبة، وأبو محمد علي بن حزم الظاهريّ، وإليك أدلة القولين.

أ ـ استدلّ القائلون: بأن النشوز يسقط النفقة بدليلين:

(١) الإجماع، حكاه ابن حجر في «التحفة» والرملي في «النهاية» وابن الهمام في «فتح القدير».

وأنت خبير بأنه قد خالف في ذلك الحكم بن عتيبة، حكاه ابن المنذر عنه، كما في «مغني الحنابلة» حيث قال: «ولا أعلم أحداً خالف هؤلاء؛ يعني: عامَّة أهل العلم إلا الحكم» ا هـ. وحكاه أيضاً ابن حزم في «المحلى»: حيث قال «ومن طريق شعبة، سألت الحكم بن عتيبة عن امرأة خرجت من بيت زوجها غاضبة، هل لها نفقة؟ قال: نعم» ا هـ. قال ابن حزم: «ولا يُحفظ منع الناشز من النفقة عن أحد من الصَّحابةِ، وإنما هو شيء رُوي عن النخعي، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان، والحسن. والزهري» ا هـ.

فالإجماع لا يصحُّ إلا أن يريدوا به إجماع الأكثر، وهو لا يكون حجةً على ما رجحه الأصوليُّون.

(٣) ـ إن النفقة عوضٌ عن التمكين، أو الاحتباس المؤدِّي إلى المقصود من الجماع، أو دواعيه، فإذا منع ذلك بالنُّشوز ـ منعت النفقة أقول: هذا استدلالٌ من قبيل الاقتراني يمكن صوغه هكذا: «النفقة عوضٌ عن التمكين، أو الاحتباس. . . الخ وكل ما كان كذلك يسقط بسقوط ما ذكر».

أما الصُّغرى ـ فربما يستدلُّ عليها بما قال ابن قدامة في «المغني»: من أن الزوجة يجوزُ لها منع زوجها من التمكين، إذا منعها النفقة.

ولا شك أن منعها إياه من التمكين يصدقُ عليه أنه قطع لاستمرار التمكين الحكمي، الذي يدلُّ عليه العرض ونحوه. ويصدق عليه أنه قطع للاحتباس المؤدِّي إلى المقصود من الجماع، أو دواعيه، فلا بدَّ أن تكونَ النفقةُ عوضاً عن أحدهما.

لكن القائلون بعدم إسقاطِ النُّشوز للنفقة لا يسلِّمون جواز منع المرأة التمكين، إذا منعها زوجها النفقة، بل صرح ابن حزم: =

....

= بحرمة ذلك عليها: ولهذا رأيت أن أستَدِلَّ عليها بما يأتي: لا شَكَّ أن الزوجة كانت أجنبية، فلم تكن لها نفقة، ثم تزوجت؛ فوجبت لها النفقةُ، ثم إذا أُبينت وانتهت عدتها ـ لم يكن لها نفقة، وهذا دليل على أن النفقة عوض عن الزوجية، أو عن صفة مصاحبةٍ لها، إذ لو كانت منحة بلا مقابل ـ لما اختلفت باختلاف هذه الأحوال وإذا نظرنا إلى الزوجية، والصِّفَاتِ التي تصاحبها، كالاحتباس، والتمكين، والاستمتاع ـ وجدنا أن الزوجية لا تصلُح معوضاً للنفقة، إذ المهر عوض عنها وأيضاً لو كانت معوضاً لوجبت للصغيرة، ولو في بيت أهلها، مع أنها لا تجبُ، وإلا لأنفق النبي ﷺ على عَائِشَةَ قبل الزفاف.
والاحتباس على إطلاقه لا يصلح أيضاً، لما تقرر من عدم الإنفاق على عائشة قبل الدُّخول.
والاستمتاع لا يصلُح، وإلا لما وجب الإنفاق عند سفر الرجل، أو زهده في الاستمتاع، فبقي التمكين بالعرض ونحوه، بحيث يؤدِّي إلى المقصود، والاحتباس المؤدي إلى المقصود.
فالنفقة إما أن تكونَ عوضاً عن هذا، أو ذاك. وهذا يكفي في المقام، وإن كان الراجح أنها عوضٌ عن الثاني.
وأما الكبرى ـ فظاهرة، إذ لا شك أن كل عوض يسقط بسقوط معوضة، وبما ذكر اندفع قول ابن حزم: «وما نعلم لهم حجة، إلا أنهم قالوا: النفقة بإزاء الجماع، فإذا منعت الجماع منعت النفقة.
وهذه حجة أفقر إلى ما يصححها مما راموا تصحيحها به، وقد كَذَبوا في ذلك. ما النفقة والكسوةُ إلا بإزاء الزوجية، فإذا وجدت الزوجية ـ فالنفقة، والكسوة واجبتان، والعجب كلُّه استحلالهم ظلم الناشز في منع حقِّها، من أجل ظلمها للزوج في منع حقّه، وهذا هو الظلم بعينه. والباطل صراحاً. والعجب كله أن الحنيفيين لا يجيزون لمن ظلمه إنسانٌ، فأخذ له مالاً؛ فقدر على الانتصاف من مال يجده لظالمه ـ أن ينتصف، ورأوا منع الناشز النفقة، والكسوة، ولا يدري لماذا، وقد تناقضوا في حجتهم المذكورة، فرأوا النفقة للمريضة التي لا يمكن وطؤها، فتركوا قولهم: «إن النفقة بإزاء الجماع» ا هـ.
وقد اشتمل كلامه على عدة دعاوى:
منها: أنه قال: إن النفقة بإزاء الزوجية، وقد علمت أن الزوجية لا تصلح معوضاً.
ومنها: أنهم استحلُّوا الظلم في مقابلة ـ الظُّلم، وهو مبنيّ على زعمه أن منع النفقة ـ ظلمٌ. والواقع أنه منع، مقابل لمنع ما هو عوضٌ عنه.
ومنها: تناقض القائلين بسقوط النفقة بالنشوز، حيث أوجبوا النفقة للمريضة التي لا يمكن وطؤها، فتركوا قولهم: إن «النفقة بإزاء الجماع . .» وقد عملت أنهم إنَّما قالوا: «إن النفقة بإزاء التمكين، أو الاحتباس المؤدِّي إلى المقصود ـ من الجماع، أو دواعيه» والمريضة إن امتنع جماعها ـ لم يمتنع دواعيه، بخلاف الناشزة.
ب ـ واستدلَّ من قال بعدم إسقاط النشوز للنفقة بإطلاق النصوص، وقد ذكر ابن حزم من ذلك ما يأتي:
١ ـ قوله ﷺ: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُم رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ» ولم يستثن الناشز.
٣ ـ ما ثبت عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ: «أنه كتب إلى أمراء الأجناد: أن انظروا من طالت غيبته ـ أن يبعثوا نفقة، أو يرجعوا، أو يفارقوا، فإن فارق ـ فعليه نفقةُ ما فارق من يوم غاب» ا هـ ولم يخص ناشزاً من غيرها.
قال ابن حزم: وما نعلم لعمرَ في هذا مخالفاً من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ.
وقد يقوم بالمرأة وصف مفوت للاستمتاع لا خروج فيه عن طاعة الزوج، فلا يعدُّ نشوزاً، لكنه قد يلحق بالنشوز، فيسقط النفقة عند القائلين بإسقاط النشوز إياها. =

....

= وفي كتب المذاهب الأربعة أمثلة لذلك، قد يختلف الفقهاء في بعض تفاصيلها، وهاك نموذجاً من ذلك بلا موازنة، ولا ترجيح، لا تفرغ لما هو أهم:

أ ـ السفر: لا شك أن سفر المرأة بغير إذن زوجها يعتبر من النشوز المسقط للنفقة، إلا أن الشافعية والحنابلة يشترطون في إسقاطه النفقة ألا يصحبها زوجها، متمكناً من التمتع بها.

والمالكية يشترطون أن يكون زوجها حاضراً، وألا يقدر على منعها ابتداءً، ولا على ردّها بعد الخروج، وألا تكون مطلقة.

وأما سفرها بإذن زوجها ـ فظاهر مذهب المالكية: أنه لا يسقط نفقتها مطلقاً، وهو أحد قولين للشافعي، وأحد احتمالين عند الحنابلة. وذهب الشافعي في أظهر القولين، والحنابلة في أرجح الاحتمالين إلى أنه إن كان لغير حاجة الزوج، ولم يصحبها فيه، متمكناً من التمتع بها ـ أسقط نفقتها، وإلا فلا. واستثنى الحنابلة ما لو كان السفر للحج الواجب، أو العمرة الواجبة؛ فإنه لا يسقط النفقة عندهم، إن أحرمت بذلك في الوقت الواجب في الميقات.

والحنفية: لم أر لهم كلاماً في سفر الزوجة، لحاجة زوجها، بدون أن يصحبها، لكنهم تكلّموا في سفرها مع زوجها، لحج، أو عمرة، أو تجارة، وفي سفرها بدونه، لحج، فقالوا: لو سافرت معه لحج، أو عمرة، أو تجارة فلها النفقة، لبقاء الاحتباس، لكن إن كان قد خرج معها، لأجلها ـ لم يجب عليه إلا نفقة الحضر، وإن كان هو الذي أخرجها معه ـ وجب عليه نفقة السفر والكراء، ولو سافرت بدونه لحج، ولو فرضاً، ولو مع محرم ـ فلا نفقة لها، لفوات الاحتباس.

وعن أبي يوسف أنها لو سافرت مع محرم، لحج الفرض، بعد انتقالها إلى منزل الزوج ـ لم تسقط نفقتها، لحصول التسليم بالانتقال، فلا يضر فواته بعذر، لكن إنما يلزمه على هذا نفقة الحضر فقط.

ب ـ الحبس

(ذهب الشافعية والحنفية والحنابلة) إلى أن الزوجة إن حبست، ولو ظلماً ـ سقطت نفقتها، لفوات الاحتباس من جهتها.

واستثنى الحنفية ما لو حبسها الزوج بدين له، لأنه المفوت للاستمتاع، وما لو قدر على الوصول إليها في الحبس، لأنه لا تفويت.

واستثنى الشافعية ما لو حبسها الزوج بدين له، وهي معسرة، لأنه المفوت للاستمتاع.

وذهب المالكية إلى أنها إن حبست بدين ـ لم تسقط نفقتها، إلا إذا كانت مماطلة، لتفويتها التمتع بلا عذر.

هذا حكم حبس الزوجة. أما حبس الزوج ـ فإنه لا يسقط النفقة في المذاهب الأربعة، لأن فوت الاحتباس إنما هو لمعنى من جهته.

لكن استثنى الحنابلة ما لو حبسة الزوجة؛ ظلماً؛ بأن كان معسراً؛ لأن الفوات حينئذ بظلمها.

واستثنى الشافعية ما لو حبسة، ولو بحق، لأن الفوات بسببها.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، التحفة ٨/ ٣٢٥ والنهاية ٥/ ٢٥٥، المبسوط ٥/ ١٨٦، فتح القدير ٣/ ٣٢٥ المحلى ١٠/ ٩٢.

النكاح أن تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله؛ بأن خرجت بغير إذنه، وغابت أوسافرت. فأما إذا كانت في منزله، ومنعت نفسها في رواية ـ فلها النفقة؛ لأنها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهراً وغالباً؛ فكان معنى التسليم حاصلاً، والنشوز في العدة أن تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها، أو تخرج لمعنى من قبلها، وقد روي أن فاطمة بنت قيس كانت تبذو على أحمائها، فَنَقَلَهَا النَّبِيُّ ﷺ إِلَىٰ بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُوم وَلَمْ يَجْعَلْ لَهَا نَفَقَةً وَلاَ سُكْنَىٰ[1]؛ لأن الإخراج كان بمعنى من قبلها، فصارت كأنها خرجت بنفسها، مراغمة لزوجها.

وأما الثاني: وهو الشرط الذي يخص نفقة العدة، فهو ألا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحساناً، والقياس أنه ليس بشرط، وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم، وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣]، وغير ذلك من النصوص التي ذكرناها فيما تقدم؛ ولأن سبب وجوبهما لا يختلف، وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر والمعسر؛ لأن دليل الوجوب لا يفصل، والله ـ سبحانه وتعالى ـ أعلم.

وكل امرأة لها النفقة لها السكنى؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:٦]، وقرأ ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ (أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم)، ولأنهما استويا في سبب الوجوب وشرطه، وهو ما ذكرنا، فيستويان في الوجوب، ويستوي في وجوبهما أصل الوجوب الموسر والمعسر؛ لأن دلائل الوجوب لا توجب الفصل، وإنما يختلفان في مقدار الواجب منهما، وسنبينه إن شاء الله ـ تعالى ـ في موضعه.

ولو أراد الزوج أن يسكنها مع ضرتها، أو مع أحمائها؛ كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه، فأبت ذلك ـ عليه أن يسكنها في منزل مفرد؛ لأنهن ربما يؤذينها ويضررن بها في المساكنة، وإباؤها دليل الأذى والضرر؛ ولأنه يحتاج إلى أن يجامعها، ويعاشرها في أي وقت يتفق، ولا يمكنه ذلك إذا كان معهما ثالثٌ، حتى لو كان في الدار بيوت، ففرغ لها بيتاً، وجعل لبيتها غلقاً على حدة ـ قالوا: إنها ليس لها أن تطالبه ببيت آخر.

ولو كانت في منزل الزوج، وليس معها أحد يساكنها، فشكت إلى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها ـ سأل القاضي جيرانها فإن أخبروا بما قالت، وهم قوم صالحون ـ فالقاضي يؤدبه،/ ويأمره بأن يحسن إليها، ويأمر جيرانه أن يتفحصوا عنها. وإن لم يكن الجيران قوماً ١٤١أ

(١) تقدم تخريجه في كتاب النكاح.

صالحين ـ أمره القاضي أن يحولها إلى جيران صالحين، فإن أخبروا القاضي بخلاف ما قالت ـ أقرها هناك، ولم يحولها، وللزوج أن يمنع أباها وأمها وولدها من غيره، ومحارمها من الدخول عليها؛ لأن المنزل منزله، فكان له أن يمنع من شاء، وليس له أن يمنعهم من النظر إليها، وكلامها خارج المنزل؛ لأن ذلك ليس بحق له، إلا أن يكون في ذلك فتنة؛ بأن يخاف عليها الفساد ـ فله أن يمنعهم من ذلك أيضاً.

فَصْل في مقدار الواجب

وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين:

أحدهما: في بيان ما تقدر به هذا النفقة.

والثاني: في بيان ما تقدر به.

أما الأول: فقد اختلف العلماء فيه. قال أصحابنا: هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها. وقال الشافعي: مقدرة بنفسها، على الموسر مدان، وعلى المتوسط مد ونصف، وعلى المعسر[1] مد، واحتج بظاهر قوله ـ تعالى ـ: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق:٧]؛

---

(١) اختلف الأئمة فيما يجب للزوجة من النفقة بمعنى الطعام، أهو مقدر، أم تابع لكفايتها؟
فذهب الجمهور؛ ومنهم أبو حنيفة، ومالك، وأحمد، والشافعي في قول إلى أنه لا يتقدر بقدر معين، وإنما يكون بحسب كفاية الزوجة.
وذهب الشافعي في المشهور عنه إلى أنه مقدر يختلف قدره باختلاف حال الزوج؛ فعلى الموسر مُدَّانِ، وعلى المعسر مُدٌّ، وعلى المتوسط مدٌّ ونِصْفٌ كل يوم، من غالب قوت محل الزوجة، سواء أكان حَبّاً؛ كالقمح، والشعير، أم غيره؛ كالأقط واللبن.
هذا إذا لم تأكل عنده؛ فإن أكلت كفايتها عنده على العادة ففيه وجهان للشافعية؛ أصحهما: سقوط نفقتها بذلك، ما لم تكن أمة لم يأذن لها سيدها، أو محجوراً عليها، لم يأذن لها وليها.
وقال القاضي أبو يعلى الحنبلي: هو مقدر لا يختلف قدره. وهو رطلان من الخبز في حق الموسر والمعسر، لكن تختلف صفته وجودته؛ باختلاف اليسار والإعسار.
هذه ثلاثةٌ مذاهب في تقدير الطعام، وإليك أدلة كل مذهب:
(١) استدلَّ الجمهورُ الذاهبون إلى عدم التقدير؛ بالكتاب، والسنة، والمعقولة.
أما الكتاب ـ فقول الله تعالى: ﴿وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾.
وجه الدلالة: أن الله ـ تعالى ـ أوجب الرزق، والكسوة على المولود له، وهو الزوج، ولم يقدر في الآية شيئاً معيناً، لا كيْلاً، ولا وزناً، ولا نوعاً من الطعام، بل أحال ذلك على المعروف، وهو ما تعارفه النّاسُ، وليس فيما تعارفوه تقدير.
وأما السنة ـ فمنها:
قوله ﷺ في خطبة حجة الوداع: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُم رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ». =

....

= ب ـ وقوله ﷺ ـ لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ، وَوَلَدَكِ بالمَعْروف».
وقد سبق الكلام في هذين الحديثين ولا شك أن المعروف. هو ما تعارفه النّاسُ، لا التقدير.
ومما يؤيد ذلك أن النبي ﷺ جعل نفقة المرأة مثل نفقة الخادم، وسوّى بينهما في ردّهما إلى المعروف، فقال في الزوجات: «وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمعْرُوفِ»، وقال في الخادم «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالمَعْرُوفِ».
ولا ريب أن نفقة الخادم غيرُ مقدرة، ولم يقل أحد بتقديرها؛ فكذلك نفقة الزوجة.
وأما المعقول ـ فهو: أنها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج، ممنوعة من الكسب لحقه، فكان وجوبها بطريق الكفاية؛ كنفقة القاضي، ونحوه.
(٣) واستدلَّ أصحابُ الشافعي، القائلون بالتقدير بالأمداد بدليلين:
أحدهما: يدلُّ على أصل التفات بحسب حال الزوج، وهو قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ﴾.
وسبق الاستدلالُ به على ذلك في المبحث السّادسِ.
وثانيهما: يدل على التقدير بالأمداد وتعيين الجنس بغالب فوق محل الزوجة، وهو قياسُ طعام الزوجة على الكفارة، بجامع أن كلاً منهما مال يجب بالشرع، ويستقر في الذمة وأكثر ما وجب في الكَفارات: لكل مسكين مُدّانِ، مثل: كفارة الحلق، ونحوه في النسك. وأقل ما وجب فيها: لكل مسكين مد في كفارة اليمين، ونحوه؛ فلزم الموسر من الأزواج الأكثر، والمعسر الأقل، والمتوسط ما بينهما.
ويرد على هذا القياس أوجه من الاعتراضات.
أ ـ أن هذا قياس في التقديرات، وهو لا يصحُّ، إذ التقديرات لا يعقل لها معنى.
ويجاب: بأن هذا الاعتراض جَارٍ على رأي من يمنع القياس في التقديرات، وليس بسديد؛ لأنه قد يعقل له معنى، كما هنا، ومحل بسط ذلك كتب الأصول.
لكن سيأتي البحثُ في المعنى الذي ذكر هنا.
ب ـ إن المقيس عليه ـ وهو طعامُ الكفّارةِ ـ بخالفُ المقيس من أوجه:
الأول: أنه لا يختلفُ باليسار، والإعسار.
والثاني: أنه حقُّ الله تعالى، ولذا لا يسقط بالإسقاط.
والثالث: أنه لا يجوزُ إخراج العوض عنه، ولذا لو أخرج القيمة لم تجزئه.
وقد يجاب: بأن المخالفة من هذه الأوجه لا تقدح، فإن العلة المشتركة بينهما، هي: أن كلاً منهما مالٌ يجب بالشرع، ويستقر في الذمة، وهذه العلة، لم تمسَ بسُوءٍ.
وفي ذلك نظر فإن من تأمل ـ وجد أن هذه الفروق يمكن أن يؤخذ منها ما يصلح علة للتقدير في طعام الكفارة، بأن يقال: العلة في التقدير فيه: أنه طعام أوجبه الشارع عبادة محضة، وحقًّا خالصاً له، فأشبه الزكاة، وهي مقدرة. وهذه العلةُ غيرُ مشتركة، فإن نفقةُ الزوجة حق لآدمي، فأشبه نفقة المملوك، والقريب، وهما على الكفاية.
جـ ـ إن العلة التي ذكرت في القياس منقوضة، فإنها موجودة في الكسوة، إذ هي: مال يجب بالشَّرْع، ويستقر في الذمة، والذي قررتموه فيها: أنها على الكفاية.
د ـ إن هذا القياسَ معارض بالاستدلال الآتي. وهو: أن التقدير بالحبِّ يؤدي إلى أمر باطل، لأن أكثر =

....

= الناس يطعم أهله الخبز، فإن جعلتم هذا معاوضه ـ كان رِباً ظاهراً، وإن لم تجعلوه معاوضه ـ فالحبُّ ثابتٌ لها في ذمته، فلها أن تطالبه به في حياته، وتأخذ من تركته بعد وفاته، مع إنفاقه عليها كل يوم حاجتها من الخبز، والشريعة الكاملة المشتملة على العدل ـ تأبى ذلك، كما يأباه العقلُ والعرفُ. ويجاب عن ذلك: بأن مَنْ أكلت عند زوجها معه، أو وحدها على العادة، أو أضافها إنسان؛ لأجله سقطت نفقتها، لأطباق السلف والخلف عليه، فلا يلزم شَيْءٌ من هَذَيْنِ المحظورَيْن.

وأنت خبير بأن للشافعية في هذه الصُّورة وَجْهَيْنِ:

أصحهما: هذا؛ فعلى مقابله ـ لا يتأتى الجواب.

ثم الوجهان إنما هما في غير الأمة التي لم يأذن لها سيدُها في الأكل والمحجور عليها التي لم يأذن لها وليها فيه. أما هَاتَانِ ـ فأكلهما لا يسقط النفقة اتفاقاً بين الشيخين.

فعلى هذا، يبقى الاعتراضُ فيهما، ولعل هذا هو الذي دعا البلقيني إلى الإفتاء بالسقوط فيهما أيضاً، لكن خالفه الرملي، وابن حجر، وأجابا: بأن جريان الناس على هذا غايته أنه كالوقائع الفعلية، وهي تسقط بالاحتمالات.

وحاصل هذا الجواب أن جريانَ النَّاسِ على الاكتفاء بالأكل من غير تفصيل بين حرةٍ وأمة، ومحجورة وغيرها، إنما هو من باب وقائع الأحوال، فعمومها يسقط باحتمال التخصيص بغير هاتين، لأن قبضهما غير معتبر، فإذا أقبضهما الزوج بغير إذن ـ كان متبرعاً، فلا تسقط عنه النفقة.

هـ ـ إنه قياس في مقابلة النص، وذلك أن نَفَقَةَ الزوجة أوجبها الشارع بالمعروف، وجعلها على سَبِيلِ الكفاية، كما تقدم، وكل منهما ينافي التقدير المذكور.

ويجابُ بأنه لا تنافي: فإن ما قدرناه من المد، وما فوقه هو المعروفُ المستقر في العقولِ، مع أن المد يكتفي به الزهيد، وينتفع به الرغيب، فما فوقه أولى، فصح فيما أوجبناه أنه كاف بالمعروف وفيه نظر: إذ المعروفُ يختلف جنساً وقدراً، ولا يتقدر إلا بالاجتهاد، وفي كُلِّ زمانٍ ومكانٍ.

هذا، وقد أيّد الشافعية قياسهم المذكور بأمور:

أحدها: أن الشارع اعتبر جنسَ طعام الكفارة بنفقة الأهل، فقال: في كفارة اليمين: ﴿وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾.

وهذا الاعتبار يدلُّ على المشابهة بينهما؛ فصح قياس ما لم يعلم تقديره، وهو طعامُ الأهل على ما علم تقديره، وهو طعام الكفارة.

ويرد عليه: منع التقدير، وتعيين الحب في كفَّارة اليمين، إذ لم يرد في الكتاب والسنة تعيينٌ فيها، ولا تقدير بمُدٍّ، ولا رطل، وقد ذهب إلى عدم التقدير فها مالك، وأبو حنيفة، وأحمد في رواية وعلى تسليم التقدير والتعيين فيها؛ يقال إنها اختصت به، لكونها عبادةً محضةً، وهذا الاختصاص لا ينافي شبهها بالنفقة في الجنس؛ فمن أطعم زوجته كفايتها من خبز القمح، وأطعم المسكين مُدًّا من حَبِّ القمح ـ يقال: إنه أطعمه مما يطعم أهله.

ثانيها: إن طعام الزوجة تستحقُّه في أيام مرضها، وشبعها، ولو كان بحسب الكفاية يسقط في الأيام المذكورة، فإذا بطل اعتبار الكفاية حسن تقريبها من الكفَّارة.

ويرد عليه: أنها بحسب الكفاية بالمعروفِ؛ أي: ما تعارف الناس أنه كان، وإن كانت في الواقع مستغنية، ولذا أقررتم في الكسوة أنها بالكفاية، ومع هذا لا تسقط باكتسائها من مالها. =

....

= **ثالثها**: أن الطعام المذكور في مقابلة التمتع، وشرف القوامة عليهن؛ فوجب تقديره، كما يقدر كُلّ ذي مقابلٍ.
ويرد عليه: أن كون المقابلة تقتضي التقدير غير مسلّم، فنفقة الزوجة في مقابلة الاحتباس؛ كنفقة القاضي، والوالي، وغيرهما، ولا تقدير في شيء مما يُقَابِلُ الاحتباسَ.
رابعها: أنه لو فتح للنِّساء باب الكفاية ـ لوقع التنازع، لا إلى غاية، فتعيَّن التقدير.
ويرد عليه: أن اللزوم غير مسلم، فإن اجتهاد القضاة يوقف التنازع عند حده، وإلا ما كانت نفقةُ القريب والمملوك على الكفاية.
(٣) ويستدلُّ للقاضي الحنبلي على وجوبِ رطلين من الخبز بالقياس على كفارة اليمين، لأنها عند الحنابلة كذلك، وقد جعلها الشَّارع معتبرة بطعام الأهل؛ فوجب تساويهما. ويستدلُّ له على عدم التفاوت في القدر، بأن الموسر والمعسر سواء، فيما تقوم به البنية، ويستدل له على التفاوت في الجودة بآية: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾.
ويرد على القياس: أن حكم المقيس عليه غير مسلم؛ فإن الشارع لم يقدر طعام كفَّارة اليمين، ولو سلم ـ لم يجب التماثل في القدر، بل يكفر التماثل في الجنس.
ويمكن أن يورد عليه كثير مما أورد على دلِيلِ المذهبِ السَّابق.
ومن تأمل في المذاهب السَّابقة وأدلتها، ومناقشاتها ـ لا يسعه إلا أن يجزم بأن نفقة الزوجة ليست مقدرة بقدر مخصوص، ولا معيناً فيها جنس مخصوص، بل هي بحسب كفاية الزوجة بالمعروف؛ كما هو مقتضى ظواهر الأدلة، وهو المحقق للعدالة، فإن التقدير بالأمداد، قد يكون فيه إجحاف بامرأة المعسر التي لا يكفيها المدُّ. وإجحاف بالموسر الذي يكفي زوجته أقل من مُدَّيْنِ.
ولم يحفظ عن أحد من الصحابة قَطُّ تقدير النفقة لا بمدٍّ، ولا برطل، بل المحفوظُ عنهم، والذي اتَّصل به العمل في كل عصر ومصر؛ أنهم كانوا ينفقون على أهليهم الخبز والإدام من غير تقدير.
وصح عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُوهَ أَهْلِيكُمْ﴾: الخبز، والزيت.
وعن عمر بن الخطاب: الخبز والسمن، والخبز والتمر.
ومثل هذا مرويٌّ عن علي، وابن مسعود، وأبي موسى الأشعري، وأنس بن مالك ـ رضوان الله عليهم ـ.
ففسر الصحابة إطعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم.
والله ورسوله ذكرا الإنفاق مطلقاً من غير تحديد، ولا تقدير، ولا تقييد؛ فوجب ردُّهُ إلى العُرف، لو لم يرده النبي ﷺ فكيف وهو الذي ردَّ ذلك إلى العُرف، وأرشد أمته إليه؟.
ومن المعلوم أن أهل العرف، إنما يتعارفون بينهم في الإنفاق على أهليهم الخبز، والإدام دون الحب.
والنبي ﷺ وأصحابه، إنما كانوا ينفقون على أزواجهم كذلك، دون تمليك الحب وتقديره.
وإلى هذا ذهب جمهورُ الأئمةِ، ومنهم: الشافعي في قول، واختاره أصحابُ الحديث من الشَّافعية؛ كابن خزيمة، وابن المنذر، واختاره من الشافعية أيضاً أبو الفضل بن عبدان. وقال الروياني في «الحلية»: هو القياسُ، وقال الزركشي: هو القويُّ في الدليل وقال النووي في «شرح مسلم» ـ عند شرح حديث هند ـ: «هذا الحديث يردّ على أصحابنا»، وقال الأذرعي: لا أعرف لإمامنا سلفاً في التقدير، ولولا الأدب ـ لقلت: إنها بالمعروف؛ تأسِّياً واتباعاً. =

أي: قدر سعته، فدل أنها مقدرة، ولأنه إطعام واجب، فيجب أن يكون مقدراً؛ كالإطعام في الكفارات؛ ولأنها وجبت بدلاً؛ لأنها تجب بمقابلة الملك عندي، ومقابلة الحبس عندكم؛ فكانت مقدرة كالثمن في البيع، والمهر في النكاح.

ولنا قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] مطلقاً عن التقدير، فمن قدر فقد خالف النص؛ ولأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة؛ كرزق القاضي والمضارب.

وَرُوِيَ أَنَّ هِنْدَ امْرَأَةَ أَبِي سُفْيَانَ قَالَتْ: يَا رَسُولِ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَأَنَّهُ لاَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدَي، فَقَالَ ﷺ: «**خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**». نص ـ عليه أفضل الصلاة والسلام ـ على الكفاية، فدل على أن نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية، ولأنها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج، ممنوعة عن الكسب لحقه، فكان وجوبها بطريق الكفاية؛ كنفقة القاضي والمضارب.

وأما الآية: فهي حجة عليه؛ لأن فيها أمر الذي عنده السعة بالإنفاق على قدر السعة مطلقاً على التقدير بالوزن، فكان التقدير به تقييد المطلق؛ فلا يجوز إلا بدليل، وقوله: إنه إطعام واجب يبطل بنفقة الأقارب؛ فإنه إطعام واجب، وهي غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية، والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة؛ بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة، فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة، ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة، بل على وجه الكفاية، فتتقدر بكفايتها كنفقة الأقارب.

وأما قوله: إنها وجبت بدلاً ـ ممنوع، ولسنا نقول: إنها تجب بمقابلة الحبس، بل تجب جزاء على الحبس، ولا يجوز أن تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا، وإذا كان وجوبها على سبيل الكفاية، فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والإدام والدهن؛ لأن الخبز لا يؤكل عادة إلا مأدوماً، والدهن لا بد منه للنساء، ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على أي سعر كانت؛ لأن فيه إضراراً بأحد الزوجين؛ إذ السعر قد يغلو وقد يرخص، بل تقدر لها على حسب اختلاف الأسعار غلاء ورخصاً رعاية للجانبين، ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين: صيفية، وشتوية؛ لأنها كما تحتاج إلى الطعام والشراب تحتاج إلى اللباس؛ لستر

= وقال الحافظ في «الفتح»: «الراجحُ من حيث الدليل: أن الواجبَ الكفايةُ» ا هـ.

وَلي بهؤلاء أسوة، وقد رجَّح الشافعيةُ مذهبَ الشَّافعي القديم في مسائل كثيرة؛ فلتكن هذه منها.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، مغني المحتاج ٣/ ٤٢٦ التحفة ٨/ ٣٠٢، زاد المعاد ٢/ ٣٣٩، النهاية ٦/ ٢٤٢.

العورة، ولدفع الحر والبرد، ويختلف ذلك باليسار والإعسار، والشتاء والصيف، على ما نذكر إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وذكر في كتاب النكاح أن المعسر يفرض عليه خمسة دراهم في الشهر، والموسر عشرة، وذلك محمول على اعتبار قرار السعر في الوقت، ولو جاء الزوج بطعام يحتاج إلى الطبخ والخبز، فأبت المرأة الطبخ والخبز، يعني بأن تطبخ وتخبز؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قَسَمَ الأَعْمَالَ بَيْنَ عَلِيٍّ وَفَاطِمَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ فَجَعَلَ أَعْمَالَ الْخَارِجِ عَلَى عَلِيٍّ وَأَعْمَالَ الدَّاخِلِ عَلَىٰ فَاطِمَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ ولكنها لا تجبر على ذلك إن أبت، ويؤمر الزوج أن يأتي لها بالطعام مهيئاً، ولو استأجرها للطبخ والخبز ـ لم يجز، ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك؛ لأنها لو أخذت الأجرة لأخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى، فكان في معنى الرشوة؛ فلا يحل لها الأخذ.

وذكر الفقيه أبو الليث أن هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز، أو كانت من بنات الأشراف، فأما إذا كانت تقدر على ذلك، وهي ممن تخدم بنفسها ـ تجبر على ذلك، وإن كان لها خادم يجب لخادمها أيضاً النفقة والكسوة إذا كانت متفرغة لشغلها/ ولخدمتها، لا شغل لها غيرها؛ لأن أمور البيت لا تقوم بها وحدها، فتحتاج إلى خادم، ولا يجب عليه لأكثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يجب لخادمين، ولا يجب أكثر من ذلك، وروي عنه رواية أخرى: أن المرأة إذا كانت يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد، وتحتاج إلى أكثر من ذلك ـ يجب لأكثر من ذلك بالمعروفِ، وبه أخذ الطحاوي. ١٤١ب

وجه ظاهر قول أبي يوسف: أن خدمة امرأة لا تقوم بخادم واحد، بل تقع الحاجة إلى خادمين يكون أحدهما معيناً للآخر[1].

---

(١) قال ابنُ حزم الظاهري في «المُحلَّى»: «وَلَيسَ عَلَى الزَّوجِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى خَادِمٍ لِزَوْجَتِهِ. ولو أنه ابن الخليفة، وهي بنت خليفة، إنما عليه أن يقوم لها بمن يأتيها بالطعام، والماء، مهيأً، ممكناً للأكل، غدوة وعشية، وبمن يكفيها جميع العمل من الكنس، والفرش، وعليه أن يأتيها بكسوتها كذلك؛ لأن هذه صفة الرزق والكسوة».

وقد خالف ابن حزم في ذلك فقهاء المذاهب الأربعة، فإنهم أوجبوا على الزوج لزوجته خادماً في الجملة على ما يأتي:

أ ـ ذَهَبَ الشافعية إلى وجوب الخادم في صورتين:

الأولى: أن تكون الزوجة ذات قدر، وذلك بأن تكون حرّة مع جريان عادة البلد؛ بأن مثلها، لا يليق بها إلا أن تخدم في بيت أبيها، وإن لم تخدم بالفعل؛ لبخل أبيها، أو طرقَ إعساره، أو نحو ذلك.

وفي هذه الصور: لا يجب أكثر من خادم واحد؛ لأنه يكفي لخدمتها.

الثانية: أن تحتاج للخدمة، لمرض أو زمانة، ولو كان شأنها أن تخدم نفسها، ولو كانت أمة. =

....

= وفي هذه الصورة يجب ما تدعو الحاجة إليه.
وشرط الخادم في الخدمة الباطنة، حل النظر من الجانبين. ، كأن يكون امرأة، أو محرماً، أو مملوكاً، أو صبيًا، غير مراهق.
ثم إن أخدمها بحرة، أو أمة بأجرة، فليس عليه سواها، وإن أخدمها بأمته أنفق عليها، كما ينفق على سائر مماليكه، وإن أخدمها بمن صحبها للخدمة، لزمه مؤنته اللائقة به، طعاماً، وكسوة، وفراشاً، وغيره، ما عدا آلة التنظيف، لأن اللائق به أن يكون أشعث، لئلا تمتد إليه الأعين، إلا أن كثر وسخه، أو تأذى بالقمل، فيجب حينئذ أن يرفه بما يزيله من نحو مشط ودهن، ثم إن الواجب له من غير الكسوة يكون أقل من واجب الزوجة في النوع، ومن الكسوة يكون أقل في الجنس والنوع ويجب من القوت مُدٌّ وثلث على الموسر، لأنه ثلثاً ما يجب للزوجة، ومدٌّ على المتوسط؛ لما ذكر. ومدٌّ أيضاً على المعسر، لأنه لا تقع الكفاية بما دونه، ويجب من الأدم ما يناسب القوت.
ب ـ مذهب الحنابلة قريب من مذهب الشافعية فيما ذكر، إلا في أمرين: **أحدهما**: أنهم لم يقولوا بتعدد الخادم.
ثانيهما: أنه أو أنفق على الخادم ـ فالواجب له مثل نفقة زوجة المعسر. ومعلوم أنه لا تقدير عندهم.
جـ ـ ذهب المالكية إلى وجوب الإخدام في صورتين:
إحداهما: أن يكون الزوج ذا سَعةٍ، والزوجة ذات قدرٍ، وليس شأنها الخدمة.
ثانيهما: أن يكون الزوج ذا سِعَةٍ، وذا قدر؛ بحيث تُزري خِدْمَةُ زوجته إياه.
قالوا: ولو احتاجت الزوجة لأكثر من خادم واحد في الصورتين ـ لزمه ذلك على المشهور؛ خلافاً لابن القاسم، حيث قال: «لاَ يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ خَادِمٍ»: قالوا: ويحصل الإخدام بنفسه، أو بمملوكته أو كراء خادم لها، أو الإنفاق على خادمها، ولم أر فيما راَجعته في كتبهم ماذا يُنفَق على الخادم؟
د ـ قال الحنفية: إذا كان الزوج موسراً، وكان للزوجة مملوك ملكاً تامًّا، وكان يخدمها، وكان واحداً ـ فعلى الزوج نفقته؛ فإن كان الزوج معسراً، لم يجب عليه نفقة الخادم عند الشيخين، خلافاً لمحمد، وإن كان موسراً، ولم يكن لها مملوك ـ لم يجب على الزوج كِرَاء من يخدمها، لكن يلزم أن يشتري لها ما تحتاجه من السوق، ويلزمه أيضاً أن يأتيها بمن يكفيها الطبخ ونحوه، إذا كانت ممن لا تخدم أولاً تقدر. وإن كان لها مملوك، لكن لا تملكه ملكاً تامًّا بأن كان مكاتبة، أو تملكه ملكاً تامًّا، ولكن لم يخدمها ـ لم تجب على الزوج نَفَقَتُهُ، وإن كان متعدداً ـ لم تجب إلاَّ نفقة واحد عند أبي حنيفة، ومحمد، لكن إذا احتاجت لأكثر من واحد؛ لأجل أولاده ـ فعليه نفقة الجميع نفاقاً.
وروى صاحب «الإملاء» عن أبي يوسف أن المرأة إذا كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد ـ انفق على ما لا بد لها منه، من الخدم، ورويت عنه روايات أخرى.
ثم الواجب للخادم هو ما يكفيه بالمعروف، ولكن لا تبلغ نفقته نفقتها، لأنه تبع لها.
أ ـ استدل ابن حزم على منع الإخدام بقوله: «لم يأتِ نصٌّ ـ قط ـ بإيجاب نفقة خادمها عليه؛ فهو ظلم وجور» ا هـ. وفيه نظر.
٣ ـ واستدل الجمهور على وجوب الإخدام، ونفقة الخادم في الجملة بقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ومن العشرة بالمعروف: أن يقيم لها الزوج من يخدمها إذا كان ذلك معهوداً. =

وجه قولهما: إن الزوج لو قام بخدمتها بنفسه ـ لا يلزمه نفقة خادم أصلاً، وخادم واحد يقوم مقامه؛ فلا يلزمه غيره؛ لأنه إذا قام مقامه صار كأنه خدم بنفسه؛ ولأن الخادم الواحد لا بد منه، والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به، فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من [اعتبار][1] الثلاثة والأربعة، فيقدر بالأقل وهو الواحد.

هذا إذا كان الزوج موسراً، فأما إذا كان معسراً، فقد روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه ليس عليه نفقة خادم، وإن كان لها خادم، وقال محمد: إن كان لها خادم ـ فعليه نفقته، وإلا فلا.

وجه قول محمد: أنه لما كان لها خادم علم أنها لا ترضى بالخدمة بنفسها، فكان على الزوج نفقة خادمها، وإن لم يكن لها خادم دل أنها راضية بالخدمة بنفسها؛ فلا يجبر على اتخاذ خادم لم يكن.

وجه رواية الحسن: أن الواجب على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكتفي[2] المرأة بخدمة نفسها، فلا يلزمه نفقة الخادم، وإن كان لها خادم، وأما الثاني، وهو بيان من يقدر به هذه النفقة: فقد اختلف فيه أيضاً، ذكر الكرخي: أن قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج في يساره وإعساره لا بحالها، وهو قول الشافعي أيضاً.

وذكر الخصاف: أنه يعتبر بحالها جميعاً، حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فعليه نفقة الإعسار، وكذلك إذا كان الزوج معسراً، أو المرأة موسرة، ولاخلاف في هذه الجملة، فأما إذا كان الزوج موسراً، والمرأة معسرة ـ فعليه نفقة اليسار؛ على ما ذكره الكرخي.

وعلى قول الخصاف: عليه أدنى من نفقة الموسرات، وأوسع من نفقة المعسرين، حتى لو كان الزوج مفرطاً في اليسار يأكل خبز الحواري، ولحم الحمل والدجاج، والمرأة مفرطة في الفقر تأكل في بيتها خبز الشعير ـ لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله، ولا يطعمها ما كانت تأكل

= أقول: هذا دليل أوضح من أن يشك فيه، أو يتنازع، فإن القرآن ردَّ الحكم في هذه الصورة إلى العرف؛ فلم يحتج إلى نصٍّ خاصٍّ، وحينئذ يستفتي العرف، فإن قال: إن الزوجة ذات القدر، أو المريضة تُخدَمُ في بيت زوجها بالنفقة، أو الأجرة بخادم، أو أكثر، كان هذا عملاً بالقرآن، وكان إنكاره من الشذوذ بمكان.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، التحفة ٨/ ٣١٢ النهاية ٦/ ٢٤٧، كشاف القناع ٣/ ٢٩٩.

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: تكفي.

في بيت أهلها أيضاً، ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة، وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار.

وجه قول الخصاف: أن في اعتبار حالتها في تقدير النفقة والكسوة نظراً من الجانبين، فكان أولى من اعتبار حال أحدهما، والصحيح ما ذكره الكرخي؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سِعَتَهِ وَمِنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَا آتَاهَا﴾ [الطلاق: ٧]، وهذا نص في الباب.

وإذا عرف هذا فنقول: إذا كان الزوج معسراً ينفق عليها أدنى ما يكفيها من الطعام والإدام والدهن بالمعروف، ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية، وإن كان متوسطاً ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف، ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف، وإن كان غنياً ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف، ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف، وإنما كانت النفقة، والكسوة بالمعروف؛ لأن دفع الضرر عن الزوجين واجب، وذلك في إيجاب الوسط من الكفاية، وهو تفسير المعروف، فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص، وخمار، وملحفة وسراويل أيضاً في عرف ديارنا على قدر حالة من الخشن واللين، والوسط والخشن إذا كان من الفقراء، واللين إذا كان من الأغنياء، والوسط إذا كان من الأوساط، وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان، إلا الخمار فإنه يفرض على الغني خمار حرير، وفي الشتاء يزاد على ذلك حشو[1] وفروة، بحسب اختلاف البلاد وفي الحر والبرد.

وأما نفقة الخادم: فقد قيل: إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته، وهو أدنى الكفاية، وكذا الكسوة.

ولو اختلفا فقالت المرأة: إنه موسر، وعليه نفقة الموسرين، وقال الزوج: إني معسر وعليّ نفقة المعسرين، والقاضي لا يعلم بحاله ـ ذكر في كتاب النكاح: أن القول قول الزوج مع يمينه، وكذا ذكر القاضي والخصاف.

وذكر محمد في الزيادات: أن القول قول المرأة مع يمينها، وأصل هذا أنه متى وقع الاختلاف بين الطالب/ وبين المطلوب في يسار المطلوب وإعساره في سائر الديون ـ فالمشايخ ١٤٢أ اختلفوا فيه: منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقاً ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقاً، ومنهم من حكم فيه رأي المطلوب، ومحمد فصل بين الأمرين، فجعل القول قول الطالب في البعض، وقول المطلوب في البعض، وذكر في الفصل أصلاً يوجب أن يكون القول

---

(١) في ط: حشويا.

في النفقة قول المرأة، وكذا فصل الخصاف، لكنه ذكر أصلاً يقتضي أن يكون القول في النفقة قول الزوج، وبيان الأصلين، وذكر الحجج يأتي في كتاب الحبس إن شاء الله ـ تعالى ـ.

فإن أقامت المرأة البينة على يساره ـ قبلت بينتها، وإن أقاما جميعاً البينة فالبينة بينتها؛ لأنها مثبتة، وبينة الزوج لا تثبت شيئاً، ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر، ثم أيسر قبل تمام الشهر ـ يزيدها في الفرض؛ لأن النفقة تختلف باختلاف اليسار والإعسار، وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت، والسعر رخيص، ثم غلا، فلم يكفها ما فرض لها؛ فإنه يزيدها في الفرض؛ لأن الواجب كفاية الوقت، وذلك يختلف باختلاف السعر، ولو فرض لها نفقة شهر، فدفعها الزوج إليها، ثم ضاعت قبل تمام الشهر ـ فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضي الشهر، وكذا إذا كساها الزوج، فضاعت الكسوة قبل تمام المدة ـ فلا كسوة لها عليه حتى تمضي المدة التي أخذت لها الكسوة، بخلاف نفقة الأقارب، فإن هناك يجبر على نفقة أخرى، وكسوة أخرى لتمام المدة التي أخذ لها الكسوة إذا حلف أنها ضاعت.

ووجه الفرق أن تلك النفقة تجب للحاجة؛ ألا ترى أنها لا تجب إلا للمحتاج، وقد تحققت الحاجة إلى نفقة أخرى وكسوة أخرى، ووجوب هذه النفقة ليس معلولاً بالحاجة، بدليل أنها تجب للموسرة إلا أن لها شبهاً بالأعواض، وقد جعلت عوضاً عن الاحتباس في جميع الشهر؛ فلا يلزمه عوض آخر في هذه المدة، ولو فرض القاضي لها نفقة أو كسوة، فمضى الوقت الذي أخذت له، وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة؛ بأن أكلت من مال آخر، أو لبست ثوباً آخر ـ فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى، بخلاف نفقة الأقارب.

والفرق ما ذكرنا أن نفقة الأقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة، ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة، ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة، وإنما تجب جزاء على الاحتباس، ليكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس، وقد جعلت عوضاً في هذه المدة وهي محتبسة بعد مضي هذه المدة بحبس آخر؛ فلا بد لها من عوض آخر، ولو نفذت نفقتها قبل مضي المدة التي لها أخذت، أو تخرق الثوب ـ فلا نفقة لها على الزوج، ولا كسوة حتى تمضي المدة، بخلاف نفقة الأقارب وكسوتهم، والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم.

فصل في كيفية الوجوب

وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها، قال أصحابنا: إنها تجب على وجه لا يصير ديناً في ذمة الزوج إلا بقضاء القاضي، أو بتراضي الزوجين، فإن لم يوجد أحد هذين تسقط بمضي الزمان، وقال الشافعي: إنها تصير ديناً في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه، ولا تسقط بمضي الزمان، فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع:

في بيان أن الفرض من القاضي أو التراضي، هل هو شرط صيرورته هذه النفقة ديناً في ذمة الزوج أم لا، وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج إذا كان شرطاً، وفي بيان حكم صيرورتها ديناً في ذمة الزوج.

أما الأول: فهو على الاختلاف الذي ذكرنا[1]، احتج الشافعي بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] و(على) كلمة إيجاب، فقد أخبر ـ سبحانه وتعالى ـ عن وجوب النفقة، والكسوة مطلقاً عن الزَّمانِ.

---

(١) إذا وجبت نفقة الزوجة؛ لوجود سببها، وشرطها، وانتفاء موانعها ولم يؤدها الزوج بعذر، أو غيره ـ نفى صيرورتها ديناً ثابتاً، وعدمه خلاف بين العلماء على مذهبين:

الأول: أنها تصير ديناً ثابتاً لا يسقط بمضي الزمان مطلقاً، كسائر الديون المستقرة في الذمة، وهذا مذهب الحسن، ومالك، والشافعي، وأحمد في أظهر الروايتين عنه، وإسحاق، وابن المنذر.

الثاني: أنها لا تصير ديناً إلا في بعض الصور، وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابة، وأحمد في إحدى الروايتين.

لكنهم اختلفوا في الصور المستثناة على قولين:

١ ـ فالإمام أحمد ـ في إحدى الروايتين ـ يقول: لا تصير ديناً إلا بفرض القاضي.

٢ ـ والحنفية يقولون: لا تصير ديناً إلا في صور ثلاث.

أ ـ أن يمضي عليها ما دون الشهر، فلا تسقط حينئذ، لأن الزمن اليسير مما لا يمكن الاحتراز عنه، إذ لو سقط بمضي زمن يسير ـ لما تمكنت من الأخذ أصلاً.

ب ـ أن تكون النفقة مفروضة بقضاء القاضي، أو يتراضيا عليها، وفي هذه الحالة تتقوى نوعاً ما، فتصير ديناً في ذمة الزوج، إلا أنها دين ضعيف، فيسقط بالنشوز، أو بموت أحدهما، أو طلاقها، على خلاف بينهم في الطلاق الرجعي وغيره.

جـ ـ أن يفرضها القاضي، أو يتراضيا عليها، ويأمرها القاضي، أو الزوج بالاستدانة، وفي هذه الحالة تكون النفقة ديناً صحيحاً في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالأداء، أو الإبراء، لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة، كالاستدانة بنفسه، فلا تسقط بموت أحدهما، ومثل الموت الطلاق في عدم السقوط.

فالمذاهب في المسألة ثلاثة؛ كما ترى وإليك أدلة كل منها:

١ ـ استدل القائلون بصيرورتها ديناً ثابتاً مطلقاً بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول:

أ ـ أما الكتاب ـ فقوله تعالى: ﴿وَعَلَى المولُودِ له رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمعْرُوف﴾.

وجه الدلالة: أن كلمة «على» للإيجاب، فقد أخبر ـ سبحانه وتعالى ـ عن وجوب الرزق والكسوة مطلقاً عن الزمان.

وأورد على ذلك أن في الآية وجوب النفقة؛ لإبقاءها واجبة، لأنها لم تتعرض للوقت.

أقول: إن هذا فيه من الوهن والضعف ما لا يخفى، فإن النفقة وجبت على الزوج حقًّا للزوجة في مقابلة احتباسها، والحقوق التي تجب في مقابلة شيء متى وجد مقابلها ـ لا تبرأ منها الذمم، إلا بآدائها، أو الإبراء منها؛ فما دام الزوج لم يؤد النفقة لزوجته، ولم تبرئه هي منها ـ فذمته مشغولة بها.

ب ـ وأما السنة ـ فقوله ﷺ: «ولهنَّ عَلَيْكُمْ رِزقهنَّ وَكِسْوَتهنَ وَكِسْوَتهنَّ بالمعْرُوفِ». =

....

= ويقال في وجه دلالة، وفي مناقشة: ما قيل في الآية، والجواب الجواب.
جـ ـ وأما الإجماع ـ فبيانه:
أنه صح أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، أمرهم أن ينفقوا، أو يطلقوا، فإن طلقوا ـ بعثوا بنفقة ما مضي، قال ابن المنذر: «لم يخالف عمرَ في ذلك من الصحابة مخالف». ثم قال: هذه نفقة وجبت بالكتاب، والسنة، والإجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها».
وأورد عليه ابن القيم في «زاد المعاد»: «أن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أمر الأزواج ـ إذا طلقوا ـ أن يبعثوا نفقة ما مضى، ولم يأمرهم إذا قدموا أن يفرضوا نفقة ما مضى، ولا يعرف ذلك عن صحابي ألبتة ولا يلزم من الإلزام بالنفقة الماضية إذا دفع الطلاق الإلزام بها، إذا عاد الزوج إلى النفقة، والإقامة، واستقبل الزوجة بكل ما تحتاج إليه، فاعتبار أحدهما بالآخر غير صحيح» ا هـ.
وأنت خبير بأنه لو صح هذا ـ لكان المسقط للنفقة عود الزوج إليها لا مضي الزمان، وهو غير صحيح؛ إذ لا دليل عليه، ولم يقل به أحد قبله ولا شك أن النفقة إن قيل: إنها مواساة ـ سقطت بمضي الزمان، من غير فرق بين مطلق وعائد. وإن قيل: إنها معاوضة ـ لم تسقط من غير فرق بينهما؛ فإذا أخذنا بقول عمر في وجوب بعث نفقة ما مضي عند الطلاق ـ وجب أن نعتبر بها نفقة من عاد إلى الإنفاق من غير فرق.
لكن لقائل أن يقول: إن عدم الخلاف إنما يكون إجماعاً، لو ثبت أن كل المجتهدين في زمان عمر اطلعوا على كتابه، ولم يقولوا بخلافه.
فالظاهر: أنه مذهب صحابي، وأنه يصلح مُقَوّياً، لا دليلاً برأسه.
د ـ وأما المعقول ـ فقالوا: إن نفقة الزوجة مال يجب على سبيل البدل في عقد معاوضة، فلا تسقط بمضي الزمان؛ كالثمن والأجرة والمهر.
وأورد عليه أن النفقة وجبت على طريق الصلة، وحكم الواجب على طريق الصلة أنه يسقط بمضي الزمان؛ كنفقة الأقارب.
ويمكن دفع ذلك بأنها عوض عن الاحتباس، لا صلة، بخلاف نفقة الأقارب، ومما يدل على ذلك أن نفقة القريب لا تجب إلا على الموسر، ولا تجب للمستغني، بخلاف نفقة الزوجة، فإنها تجب على الموسر والمعسر، وتجب لها، وإن كانت مستغنية، ولذا أوجب الصحابة للزوجة نفقة ما مضي، كما ورد في كتاب عمر، حيث لم يخالفه أحد من الصحابة، ولا يعرف عن صحابي منهم قط أنه أوجب للقريب نفقة ما مضى.
٣ ـ واستدل الحنفية على أن نفقة الزوجة تسقط بمضي شهر فأكثر ما لم يكن قد حكم بها حاكم، أو تصالح الزوجان على مقدار فيها بالمنقول والمعقول.
أ ـ أما المنقول ـ فهو ما ثبت أن هنداً شَكَتْ إلى رسول الله ﷺ: «أن أبا سفيانَ لا يُعطيها كفايتها، فأباح لها أن تأخُذَ في المستقبل قدرَ الكفاية، ولم يجوّزْ لها الأخذ عمّا مضى من قدر الكفاية».
وأورد عليه: أنها لم تدع به، ولا طالبته، وإنما استفتته، هل تأخذ في المستقبل بقدر كفايتها؟ فأفتاها.
وأما المعقول ـ فهو أن النفقة صلة من وجه، وعوض من وجه، فمن حيث إنها لاحتباسها، لاستيفاء حقه من الاستمتاع، وقضاء الشهوة، وإصلاح أمر المعيشة، والاستئناس، هي عوض.
ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب. =

= ومن حيث إنها لإقامة حق الشرع، وأمور مشتركة، كإعفاف كل الآخر وتحصينه من المفاسد، وحفظ النسب، وتحصيل الولد؛ ليقيم التكاليف الشرعية، هي صلة كرزق القاضي، والمفتي؛ فلا تملك إلا بالقبض، فلاعتبار أنها عوض ـ قلنا: تثبت إذا قضى بها؛ لأن القاضي له ولاية الإلزام، وكذا إذا اصطلحا عليها، لأن ولاية الزوج على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه.. ولاعتبار أنها صلة قلنا: تسقط إذا مضت مدة من غير قضاء، ولا اصطلاح؛ عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

وكان مقتضى هذا ألا تصير ديناً أصلاً، بل كلما مضى زمان ـ سقطت نفقته. لكن قلنا: إنها لا تسقط قبل مضي شهر، لأن ما دون الشهر زمن يسير، لا يمكن الاحتراز عنه، إذ لو سقطت فيه ـ لما تمكنت من الأخذ أصلاً.

ويرد عليه؛ أنا لا نسلم أنها صلة أصلاً، بل هي عوض عن الاحتباس.

وأما الأمور المشتركة، وإقامة حق الشرع ـ فإنها من لوازم الاحتباس، بل من لوازم النكاح؛ فلا يصح اعتبارها في النفقة، وإلا لصح في كل عوض أن يكون عوضاً من وجه، وصلة من وجه، فثمن الكتاب المشترى مثلاً يصح أن يكون عوضاً من جهة ملكه، وصلةً من جهة انتفاع البائع به في مصالح دنياه ودينه.

ثم إن التفصيل الذي ذهبوا إليه لا دليل عليه؛ فمن أين لهم أن فرض القاضي، والمصالحة بدون استدانة يجعلانها ديناً ضعيفاً، يسقط بالنشوز، والموت، والطلاق؟! وما وجه سقوطها بكل من هذه الثلاثة؟.

ويقال لهم: إن كان القاضي يعتقد سقوطها بمضي الزمان؛ كالحنفي ـ ففرضه إلزام بما لا يعتقد لزومه، فهو كعدمه. وإن كان يعتقد عدم سقوطها، كالشافعي ـ ففرضه حكم رافع للخلاف فيه تصير ديناً قويًا، لا يسقط أصلاً، وقد قلتم بسقوطه في بعض الصور.

وإن كان يعتقد سقوطها ما لم تفرض ـ لم يصح، لأنه إذا فرض ما فرضه الله ـ تعالى ـ لم يفد استقرارها، لأنه إنما فرضها بلا استقرار على ما تقولون، وإذا فرض ما لم يفرضه الله ـ سبحانه ـ كان إيجاباً لما لم يجب شرعاً؛ فلا عبرة به.

ويقال في فرض الزوج على نفسه: إن كان يعتقد السقوط ـ كان التزاماً بغير صيغة نذر، فلا ينعقد، وإن كان يعتقد اللزوم ـ كان تحصيلاً للحاصل، وإن كان يعتقد السقوط، ما لم يفرض ـ لم يصح؛ كما في القاضي؛ فكان ينبغي لمن ذهب إلى السقوط على ما فيه ألا يعتبر فرض القاضي، أو الزوج من غير استدانة.

٣ ـ استدل لأحمد في إحدى الروايتين عنه؛ وهي: سقوطها بمضي الزمان ما لم يفرضها القاضي بالمنقول والمعقول:

أ ـ أما المنقول ـ فهو شكوى هند، وتقدمت في كلام الحنفية مع ما رود عليه.

ب ـ وأما المعقول ـ فهو أن نفقة الزوجة؛ كنفقة القريب والمملوك، في إيجابها يوماً بيوم، وكونها على طريق الكفاية، وكونها بالمعروف فكما أن نفقة القريب والمملوك وجبت، مواساة الإحياء نَفس من هو في ملكه، أو من بينه وبينه رحم وقرابة، كذلك نفقة الزوجة وجبت؛ مواساة الإحياء نفس من هو في حبه، وكلما مضى يوم، استغنت عن نفقته ـ فلا وجه لإلزام الزوج بها، وأيّ معروف في إلزام نفقة ما مضى، وحبسه على ذلك، وهو منشأ العداوة والبغضاء بين الزوجين، وهو ضد ما جعله الله بينهما من المودة والرحمة.

أضف إلى ذلك ما فيه من تعريض الزوجة لقضاء أوطارها من الدخول والخروج، وعشرة الأخدان، كما هو واقع، وفي ذلك من النساء المنتشر ما لايعلمه إلا الله. =

وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق:٧]، أمر ـ تعالى ـ بالإنفاق مطلقاً عن الوقت؛ ولأن النفقة قد وجبت، والأصل أن ما وجب على إنسان لا يسقط إلا بالإيصال والإبراء كسائر الواجبات؛ ولأنها وجبت عوضاً لوجوبها بمقابلة المتعة، فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمهر.

والدليل عليه أن الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها، والصلة لا تحتمل الحبس والجبر.

ولنا أن هذه النفقة تجري مجرى الصلة، وإن كانت تشبه الأعواض، لكنها ليست بعوض حقيقة؛ لأنها لو كانت عوضاً حقيقة؛ فإما إن كانت عوضاً عن نفس المتعة وهي الاستمتاع، وإما إن كانت عوضاً عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها، لا سبيل إلى الأول؛ لأن الزوج ملك/ متعتها بالعقد، فكان هو بالاستمتاع متصرفاً في ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له، ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره، ولا وجه للثاني؛ لأن ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة؛ فلا يقابل بعوض آخر، فخلت النفقة عن معوض، فلا يكون عوضاً حقيقة بل كانت صلة؛ ولذلك سماها الله ـ تعالى ـ رزقاً بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣]، والرزق: اسم الصلة، كرزق القاضي، والصلات لا تملك بأنفسها، بل بقرينة تنضم إليها وهي القبض؛ كما في الهبة، أو قضاء القاضي؛ لأن القاضي له

١٤٢ب

= لكن إذا فرضها القاضي ـ تأكدت بفرضه، فصارت ديناً، كنفقة القريب.

ويرد عليه: أن مشابهتها لنفقة القريب في إيجابها يوماً بيوم بالمعروف على الكفاية لا يجعلها للمواساة، وإلا لما وجبت على المعسر، ولما وجبت على المكاتَب، ولما وجبت للمستغنية، فهي عوض عن الاحتباس، فاستغناؤها عن نفقة كل يوم بمضيه لا يسقطها، كما لم يسقط الاستغناء في أول اليوم وجوبها.

وادعاء أن إلزام نفقة ما مضى ليس معروفاً فيه نظر، بل هو معروف، يدل عليه الكتاب والسنة، وفعل الصحابة.

وادعاء أنه منشأ العداوة فيه نظر كذلك؛ فمنشأ العداوة إنما هو تقصير الزوج حتى تراكم عليه الدين.

وكون الحبس يترتب عليه فساد الزوجة لا يمنعه، لأنه لا يحبس سوى الممتنع من الدفع مع اليسار فمنشأ الفساد حقيقة، إنما هو الامتناع.

هذا، وكون الفرض يؤكدها، فيجعلها ديناً فيه نظر والذي يظهر من النظر في المذاهب المذكورة وأدلتها، وما ورد عليها من المناقشات: أن نفقة الزوجة متى وجبت، ولم يؤدها الزوج ـ صارت ديناً عليه، بدون حاجة إلى فرض، أو تراضٍ، أو استدانة، ولا يسقط إلا بالأداء، أو الإبراء.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٢، التحفة ٨/ ٣٣٥، فتح القدير ٣/ ٣٣٢، زاد المعاد ٢/ ٣٤٥.

ولاية الإلزام في الجملة أو التراضي؛ لأن ولاية الإنسان على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر؛ لأنه أوجب بمقابلة ملك المتعة، فكان عوضاً مطلقاً، فلا يسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة، ولا حجة له في الآيتين؛ لأن فيهما وجوب النفقة لا بقاؤها واجبة؛ لأنهما لا يتعرضان للوقت، فلو ثبت البقاء إنما يثبت باستجاب الحال، وأنه لا يصلح لإلزام الخصم.

وأما قوله: إن الأصل فيما وجب على إنسان لا يسقط إلاً بالإيصال، أو الإبراء[1] فتقول: هذا حكم الواجب مطلقاً، لا حكم الواجب على طريق الصلة، بل حكمه أنه يسقط بمضي الزمان؛ كنفقة الأقارب وأجرة المسكن، وقد خرج الجواب عن قوله: إنها وجبت عوضاً.

وأما الجبر والحبس: فالصلة تحتمل ذلك في الجملة؛ فإنه يجبر على نفقة الأقارب ويحبس بها، وإن كانت صلة، وكذا من أوصى بأن يوهب عبده من فلان بعد موته، فمات الموصي، فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة في العبد ـ يجبر عليه ويحبس بأنه وإن كانت الهبة صلة، فدل أن الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة.

وعلى هذا يخرج ما إذا استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضي، فاتفقت أنها لا ترجع بذلك على الزوج، بل تكون متطوعة في الإنفاق، سواء كان الزوج غائباً أو حاضراً؛ لأنها لم تصر ديناً في ذمة الزوج؛ لعدم شرط صيرورتها ديناً في ذمته، فكانت الاستدانة إلزام الدين للزوج بغير أمره، وأمر من له ولاية الأمر؛ فلم يصح، وكذا إذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا.

وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضي، والتراضي لا يصح الإبراء؛ لأنه إبراء عما ليس بواجب، والإبراء إسقاط، وإسقاط ما ليس بواجب ممتنع، وكذا لو صالحت زوجها على نفقة، وذلك لا يكفيها، ثم طلبت من القاضي ما يكفيها؛ فإن القاضي يفرض لها ما يكفيها؛ لأنها حطت ما ليس بواجب، والحط قبل الوجوب باطل كالإبراء، والله أعلم.

وأما الثاني؛ فلوجوب الفرض على القاضي، وجوازه منه شرطان:

أحدهما: طلب المرأة الفرض منه؛ لأنه إنما يفرض النفقة على الزوج حقاً لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق.

والثاني: حضرة الزوج، حتى لو كان الزوج غائباً فطلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها

(١) في أ: بالقضاء.

عليه نفقة لم يفرض، وإن كان القاضي عالماً بالزوجية، وهذا قول أبي حنيفة الآخر، وهو قول شريح، وقد كان أبو حنيفة أو لا يقول: وهو قول إبراهيم النخعي أن هذا ليس بشرط، ويفرض القاضي النفقة على الغائب، وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال لهند امرأة أبي سفيان: «**خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»، وذلك من النبي ﷺ كان فرضاً للنفقة على أبي سفيان وكان غائباً، وحجة القول الأخير أن الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه، وقد صح من أصلنا أن القضاء على الغائب لا يجوز، إلا أن يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد.

وأما الحديث فلا حجة له فيه؛ لأن رسول الله ﷺ إنما قال لهند على سبيل الفتوى، لا على طريق القضاء؛ بدليل أنه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبي سفيان، وفرض النفقة من القاضي تقديرها، فإذا لم تقدر لم تكن فرضاً فلم تكن قضاء، تحقيقه أن من يجوّز القضاء على الغائب فإنما يجوزه إذا كان غائباً غيبة سفر، فأما إذا كان في المصر؛ فإنه لا يجوز بالإجماع؛ لأنه لا يعد غائباً، وأبو سفيان لم يكن مسافراً، فدل أن ذلك كان إعانة لا قضاء، فإن لم يكن القاضي عالماً بالزوجية، فسألت القاضي أن يسمع بينهما بالزوجية ويفرض على الغائب.

وقال أبو يوسف: لا يسمعها ولا يفرض.

وقال زفر: يسمع ويفرض لها وتستدين عليه، فإذا حضر الزوج وأنكر، يأمرها بإعادة البينة في وجهه، فإن فعلت نفذ/ الفرض وصحت الاستدانة، وإن لم يفعل لم ينفذ ولم يصح. ١٤٣أ

وجه قول زفر أن القاضي إنما يسمع هذه البينة لا لإثبات النكاح على الغائب ليقال إن الغيبة تمنع من ذلك، بل ليتوصل بها إلى الفرض، ويجوزُ سماع البينة في حق حكم دون حكم؛ كشهادة رجلٍ وامرأتين على السرقة، وإنها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع[1]؛ كذا هٰهنا تقبل هذه البينة في حق صحة الفرض، لا في إثبات النكاح، فإذا حضر وأنكر استعاد منها البينة، فإن أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه، وإلاَّ فلا.

والصحيح قول أبي يوسف؛ لأن البينة على أصل أصحابنا لا تسمع إلاَّ على خصم حاضر ولا خصم، فلا تسمع، وما ذكره زفر أن بينتها تقبل في حق صحة الفرض غير سديد؛ لأن صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية، فإذا لم يكن إلى إثبات الزوجية بالبينة سبيلٌ لعدم الخصم، لم يصح فلا سبيل إلى القبول في حق صحة الفرض ضرورة.

هذه إذا كان الزوج غائباً، ولم يكن له مال حاضر، فأما إذا كان له مال حاضر فإن كان

(١) في أ: السرقة.

المال في يدها، وهو من جنس النفقة، فلها أن تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضي؛ لحديث أبي سفيان، فلو طلبتِ المرأةُ مِنَ القاضي فرض النفقة في ذلك المال، وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة؛ لأن لها أن تأخذه فتنفق على نفسها من غير فرض القاضي، فلم يكن الفرض من القاضي في هذه الصورة قضاء، بل كان إعانة لها على استيفاء حقها، وإن كان في يدِ مودعه أو مضاربه، أو كان له دينٌ على غيره، فإن كان صاحب اليدِ مقراً بالوديعة والزوجية، أو كان من عليه الدين مقرّاً بالدين والزوجية، أو كان القاضي عالماً بذلك، فرض لها في ذلك المال نفقتها في قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا يفرض.

وجه قوله: أن هذا قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر؛ إذ المودع ليس بخصم عن الزوج؛ وكذا المديون فلا يجوز.

ولنا أن صاحب اليد وهو المودع إذا أقر بالوديعة والزوجية، أو أقر المديون بالدين والزوجية، فقد أقرَّ أنَّ لها حق الأخذ والاستيفاء؛ لأن للزوجة أن تمد يدها إلى مالِ زوجها فتأخذ كفايتَها منه؛ لحديث امرأة أبي سفيان، فلم يكم القاضي فرض لها النفقة في ذلك المال قضاء، بل كان إعانة لها على أخذ حقها وله على إحياء زوجته، فكان له ذلك، وإن جحد أحد الأمرين ولا علم للقاضي به، لم تسمع البينة ولم يفرض؛ لأن سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغائب من غير خصم حاضر؛ لأنه إن أنكر الزوجية لا يمكنها إقامة البينة على الزوجية؛ لأن المودع ليس بخصم عنه في الزوجية، وإن أنكر الوديعة أو الدين لا يمكنها إقامة البينة على الوديعة والدين، لأنها ليست بخصم عن زوجها في إثبات حقوقه، فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصمٌ حاضر؛ وذلك غير جائز عندنا.

هذا إذا كانتِ الوديعةُ والدين من جنس النفقة؛ بأن كانت دراهم أو دنانير أو طعاماً أو ثياباً من جنس كسوتها؛ فأما إذا كان من جنس آخر، فليس لها أن تتناول شيئاً من ذلك، وإن طلبت من القاضي فرض النفقة فيه، فإن كان عقاراً لا يفرض القاضي النفقة فيه بالإجماع؛ لأنه لا يمكن إيجاب النفقة فيه إلا بالبيع، ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق، وإن كان منقولاً من العروض فقد ذكر القاضي في شرحة «مختصر الطحاوي» الخلاف فيه، فقال القاضي: لا يبيع العروض عليه في قول أبي حنيفة، وعندهما له أن يبيعها عليه، وهي مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ.

وذكر القدوري المسألة على الاتفاق، فقال القاضي: إنما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاءِ الدين؛ لكونه ظالماً في الامتناع دفعاً لظلمه، والغائب لا يعلم امتناعه، فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه، وَإذا فرض القاضي لها النفقة في شيء من ذلك وأخذ منها كفيلاً، فهو حسن، لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على إيفاء حقها في النفقة عاجلاً، فينبغي أن يستوثق فيما يعطيها بالكفالة، ثم إذا رجع الزوج يُنظر إن كان لم يعجل لها

النفقة، فقد مضى الأمر، وإن كان قد عجل وأقام البينة على ذلك أو لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت، فهو بالخيار إن شاء أخذ من المرأة، وإن شاء أخذ من الكفيل، ولو أقرت المرأة أنها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج، فإن الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة فيظهر في حقها لا في حق الكفيل، ولو طلبت/ الزوجة من الحاكم[1] أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين، لم يفعل ذلك، وإن كان عالماً بهما؛ لأن القضاء بالنفقة في الوديعة والدين كان نظراً للغائب، لما في الإنفاق من إحياء زوجته بدفع الهلاك عنها، والظاهر أنه يرضى بذلك، وهذا المعنى لا يوجد في المهر والدين، ولو كان الحاكم فرض لها على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضي لها بنفقة ماضية في الوديعة والدين، قضى لها بذلك؛ لأنه لما جاز القضاء بالنفقة في الوديعة والدين يستوي فيه الماضي والمستقبل؛ لأن طريق الجواز لا يختلف.

١٤٣ب

وكذلك إذا كان للغائب مالٌ حاضر، وهو من جنس النفقة، وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمني فقراء أو إناث فقيرات وولدان فقيران؛ فإن كان المال في أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم، وإن طلبوا من القاضي فرض النفقة منه فرض؛ لأن الفرض منه يكون إعانة لا قضاء، وإن كان المال في يد مودعه أو كان ديناً على إنسان، فرض القاضي نفقتهم منه.

وكذلك إذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب، أو علم القاضي بذلك؛ لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الأحياء؛ لأن الإنسان يرضى بإحياء كله وجزئه من ماله؛ ولهذا كان لأحدهما أن يمد يده إلى مال الآخر عند الحاجة، ويأخذه من غير قضاء ولا رضا، وقد تحققت الحاجة هٰهنا، فكان للقاضي أن يفرض ذلك من طريق الإعانة لصاحب الحق، وإن جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضي به، لم يفرض لما ذكرنا في الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوي الرحم المحرم نفقتهم في مال الغائب؛ لأن نفقتهم من طريق الصلة المحضة؛ إذ ليس لهم حَقٌّ في مال الغائب أصلاً.

ألاَ ترى أنه ليس لأحد أن يمد يده إلى مال صاحبه فيأخذه، وإن مست حاجته من غير قضاء القاضي، فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر، فلا يجوز، وإن لم يكن المال من جنس النفقة، فليس لهم أن يبيعوا[2] بأنفسهم، وليس للقاضي أن يبيع على الغائب في النفقة على هؤلاء العقار بالإجماع، والحكم في العروض ما بينا من الاتفاق أو الاختلاف، وفي بيع الأب العروض خلاف نذكره في «نفقة المحارم»[3].

---

(١) في أ: القاضي.

(٢) في أ: ينفقوا.

(٣) في أ: الأقارب.

وأما يسار الزوج فليس بشرطٍ لوجوبِ الفرض، حتى لو كان معسراً وطلبت المرأة الفرض من القاضي، فرض عليه إذا كان حاضراً، وتستدين عليه فتنفق على نفسها؛ لأن الإعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة، فلا يمنع الفرض، وإذا طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة على زوجها الحاضر، فإن كان قبل النقلة وهي بحيثُ لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحقٍّ ـ فرض القاضي لها: إعانة لها على الوصولِ إلى حقِّها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه، وإن كان بعد ما حولها إلى منزله، فزعمت أنه ليس ينفق عليها، أوْ شَكَتِ التضيق في النفقة، فلا ينبغي له أنه يعجل بالفرض، ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها؛ لأن ذلك من باب الإمساك بالمعروف، وأنه مأمور به، ويتأتى في الفرض، ويتولى الزوج الإنفاق بنفسه قبل الفرض إلى أن يظهر ظلمه بالترك والتضييق في النفقة، فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر، ويأمره أن يدفع النفقة إليها لتنفق هي بنفسها على نفسها.

ولو قالت: أيُّها القاضي أنه يريد أن يغيب، فخذ لي منه كفيلاً بالنفقة، لا يجبره القاضي على إعطاء الكفيل؛ لأن نفقة المستقبل غير واجبةٍ للحال، فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب، يحققه أنه لا يجبر على التكفيل بدين واجب، فكيف بغير الواجب، وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال: لا أوجب عليه كفيلاً بنفقة لم تَجِبْ لها بعد.

وقال أبو يوسف: استحسنُ أن آخذ لها منه كفيلاً بنفقة أشهر؛ لأنَّا نعلم بالعادةِ أن هذا القدر يحب في السفر؛ لأن السفر يمتدُّ إلى شهر غالباً، والجواب أن نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر، فكان تكفيلاً بما ليس بواجب، فلا يجبر عليه، ولكن لو أعطاها كفيلاً، جاز، لأن الكفالة بما يذوب على فلان جائزة.

وأما الثالث: وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة ديناً في ذمة الزوج، فنقول: إذا فرض القاضي لها نفقة كلَّ شهر أو تراضياً على ذلك، ثم منعها للزوج قبل ذلك أشهراً، غائباً كان أو حاضراً، فلها أن تطالبه بنفقة ما مضى؛ لأنها لما صارت ديناً بالفرض أو التراضي، صارت في استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الأقارب إذا مضت المدة ولم تؤخذ أنها تسقط؛ لأنها لا تصير ديناً راساً؛ لأن وجوبها للكفاية، وقد حصلت الكفاية فيما مضى، فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله، فأما وجوب/ هذه النفقة فليس للكفاية، وإن كانت مقدرة بالكفاية. ١٤٢أ

ألاَ ترى أنها تجب مع الاستغناء بأن كانت موسرة، وليس في مضي الزمان إلا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب، ولو أنفقت من مالها بعد الفرض أو للتراضي لها أن[1] ترجع على الزوج؛ لأن النفقة صارت ديناً عليه.

(١) في ط: أنه.

وكذلك إذا استدانت على الزوج لما قلنا، سواء كانت استدانتها بإذن القاضي أو بغير إذنه، غير أنها إن كانت بغير إذن القاضي، كانت المطالبة عليها خاصَّةً، ولم يكن الغريم أن يطالب الزوج بما استدانت، وإن كانت بإذن القاضي لها أن تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين، وهو فائدة إذن القاضي بالاستدانة، ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج، فامتنع من دفعها وهو موسرٌ، وطلبت المرأةُ حبسه، لها أن تحبسه، لأن النفقة لما صارت ديناً عليه بالقضاء، صارت كسائر الديون، إلاَّ أنه لا ينبغي أن يحبسه في أول مرة تقدم إليه، بل يؤخر الحبس إلى مجلسين أو ثلاثة يَعِظُهُ في كلِّ مجلسٍ يقدم إليه، فإن لم يدفع حبسه حينئذٍ كما في سائر الديون، لما نذكر في «كتاب الحبس»، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وإذا حبس لأجل النفقة، فما كان من جنس النفقة سلمه القاضي إليها بغير رضاه بالإجماع، وما كان من خلاف الجنس، لا يبيع عليه شيئاً من ذلك، ولكن يأمره أن يبيع بنفسه؛ وكذا في سائر الديون في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يبيع عليه، وهي مسألةُ الحجر على الحرِّ العاقل البالغ، نذكرها في «كتاب الحجر»، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

فإنِ ادَّعى الزوج أنه قد أعطاها النفقة، وأنكرت، فالقولُ قولُها مع يمينها؛ لأن الزوج يدعي قضاء دين عليه، وهي منكرة، فيكون القولُ قولَها مع يمينها؛ كما في سائر الديون، ولو أعطاها الزوجُ مالاً فاختلفا، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت هي: هو من النفقة، فالقولُ قولُ الزوج إلاَّ أن تقيم المرأة البينةَ؛ لأن التمليك منه، فكان هو أعرف بجهة التمليك؛ كما لو بعث إليها شيئاً فقالت: هو هديةٌ، وقال: هو من المهر، أن القولَ فيه قولُهُ إلاَّ في الطعام الذي يؤكل؛ لما قلنا؛ كذا هذا.

ولو كان للزوج عليها دَيْنٌ، فاحتسبت عن نفقتها، جاز لكن برضا الزوج؛ لأن النقاص إنما يقع بين الدينين المتماثلين، ألا ترى أنه لا يقع بين الجيد والرديء، وَدَيْنُ الزوج أقوى بدليل أنه لا يسقط بالموت، ودَيْنُ النفقة يسقط بالموت، فأشبه الجيد بالرديء، فلا بد من المقاصة بخلافِ غيرها من الديون، والله أعلم.

فصل فيما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها ديناً في الذمة

وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها ديناً في ذمة الزوج، فالمسقط لها بعد الوجوب قبل صيرورتها ديناً في الذمة واحدٌ، وهو مضي الزمان من غير فرض[1] القاضي والتراضي.

(١) في أ: قضاء.

وأمَّا المسقط لها بعد صيرورتها ديناً في الذمة مأمور: منها الإبراء عن النفقة الماضية؛ لأنها لما صارت ديناً في ذمته، كان الإبراء إسقاطاً لدين واجب، فيصح كما في سائر الديون، ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة، لم يصح الإبراء، لأنها تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان، فكان الإبراء منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضاً، وهو حق الحبس؛ لأنه[1] يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح؛ وكذا يصح هبة النفقة الماضية؛ لأن هبة الدين يكون إبراء عنه فيكون إسقاط دين واجب فيصح، ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا.

ومنها: موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجلُ قبل إعطاء النفقة، لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله، ولو ماتت المرأة لم يَكُنْ لورثتها أن يأخذوا؛ لما ذكرنا أنها تجري مجرى الصلة، والصلة تبطل بالموتِ قبل القبض كالهبة؛ فإن كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها، ثم مات قبل مضي ذلك الوقت، لم ترجع ورثته عليها بشيءٍ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء كان قائماً أو مستهلكاً؛ وكذلك لو ماتت هي لم يرجع للزوج في تركتها عندهما.

وقال محمد: لها حِصَّةُ ما مضى من النفقة والكسوة، ويجبُ رَدُّ الباقي إن كان قائماً، وإنْ كان هالكاً، فلا شيء بالإجماع.

وروى ابن رستم عن محمدٍ أنها إن كانت قبضت نفقة شهرٍ فما دونه، لم يرجع عليها بشيء، وإن كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهرٍ وردَّت ما بقي، وجه هذه الرواية أن الشهرَ فما دونه في حكم القليل، فصار كنفقة الحال، وما زاد عليه في حكم الكثير، فيثبت به الرجوع كالدين.

وجه ظاهر قول محمد أن هذه النفقة تشبه الأعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالإجازة إذا عجل المستأجر الأجرة، ثم مات أحدهما قبل تمام المدةِ/ وجه قوله إن ١٤٤ب هذه صلة اتصل بها القبض، فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المقبوضة.

وأما قوله: إنها تشبه الأعواض، فنعم، لكن بوصفها لا بأصلها، بل هي صلة بأصلها؛ ألاَ ترى أنها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلافٍ بين أصحابنا؛ لاعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعاً، فراعينا معنى الأصل قبل[2] القبض، فقلنا إنها لا تبطل بالموت بعد القبض، فلا يثبت فيها الرجوع اعتباراً للأصل، وراعينا معنى الوصف قبل القبض، فقلنا إنها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات، وراعينا معنى الوصف بعد القبض، فقلنا لا يثبت فيها

(١) في ط: لا يتجدد.
(٢) في ط: بعد.

الرجوع كالأعواض اعتباراً للأصل والوصف جميعاً على ما هو الأصل في العمل بالشبهين عند الإمكان والله الموفق.

فصل في نفقة الأقارب(١)

وأما نفقة الأقارب فالكلامُ فيها أيضاً يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات،

---

(١) مما لا يختلف فيه اثنان أن كل إنسان فقير إلى معاونة أخيه الإنسان، وعلى المعاونة مدار المدينة، وأساس العمران، ولها مظاهر لا يحدها حدٌّ، ولا يحصرها عدٌّ، نشاهد آثارها في أعمال الناس على اختلاف أنواعها، وإن كثيراً منهم يحسب أنه إنما يعمل لنفسه، ويسعى لإحيائها.
ومن أنواع المعاونة نوع جليل الأثر، عظيم النفع، يؤلف بين القلوب، ويربط بين النفوس، وهو: الإنفاق في الخير بالمعنى الشامل للزكوات، وصدقات التطوع، والهِبَات، والهدايا، والوصايا، والأوقاف، وصلة الرحم.
ومن محاسن الشريعة الإسلامية، ومزاياها العظيمة: العناية بكل طرف من هذه الأطراف، وإعطاؤه حقَّه من التشريع الذي يكفل القيام به على أتم وجه وأيسره.
ومن هذه الأطراف صلة الرحم؛ فقد حَث عليها الشَّارِعُ، وَحَذَّرَ من قطعها بوجه عام، وأوجب لذلك أمورًا، وَحَرَّمَ أموراً على وجه خاص.
ومما أوجبه لذلك نفقة الأقارب، فالنفقة على الوالدين عند احتياجهما، جزاء النعمة الكبرى، والمنة العظمى، واليد السابقة منهما على الولد... والنفقة على الأولاد تأسيس لعمارة الكون، لولاه لتهدم بنيانه، وتصدعت أركانه، وعاد على الآباء أنفسهم وباله... والنفقة على من ترثه جزاء سابق لِلإِرْثِ منه، وإن كان لا يظهر في بعض الأفراد، إلا أن العبرة بالمجموع، وفي ذلك إقرار النعمة، ومنع لجحودها...
والنفقة على ذوي الرحم صلة عظيمة تجتث عروق الجسد من منابتها، فإن المحتاج أول ما يخطر بباله معاونة قريب له، لما يشعر به من الاتصال والاتحاد، فإذا جفاه، وأثر عليه سواه - ضاق به صدره، واجتواه وكان أقدر على إيذائه من الأجنبي الذي لا يعرف خباياه.
قد يقول إنسان: إن السبيل الأَجْدَى لرقي الأمة، ورفعة شأنها أن يوجب على كل غني فيها قسط من المال يتولى الحاكم أخذه، وإنفاقه على المحتاجين عموماً، وبهذا لا يحتاج إلى نفقة الأقارب.
ونقول لهذا: إن يُسْرَ الإسلام اقتضى أن يقوم كل غني بنفقة أقاربه المحتاجين، لأن المشروعات الواسعة قَلَّمَا تخلو من خطر، ألا ترى أنه مهما كثرت ملاجيء البر، ومصارف الصدقات لم يمكن فيها مراعاة العدالة التامّة، فكثير من المحتاجين يقعون في اليأس؛ لأنه لا حيلة لهم، وكثير ممن لا حاجة بهم يحتالون على الأخذ بتصنع الحاجة.
لهذا عني الشارع بإيجاب نفقة الأقارب على أقاربهم، ولم يفته مراعاة الناحية العامة؛ فشرع جَمْعِ الصدقات، وتفرقتها على من لم يجدوا من مال أقاربهم ما يقوم بكفايتهم.
أضف إلى ذلك أن الفقير الذي يأخذ من مال الصدقات العامة، لا يشعر بالعاطفة نحو قريبه، أو وارثه؛ كما لو باشر إعطاءه بنفسه.
وبهذا تبينت سماحة الإسلام ويسره، وأنه الدين العام الخالد، الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه، ولا من خلفه، تنزيل من حكيم حميد.
ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد. =

وهي بيان وجوب هذه النفقة، وسبب وجوبها، وشرط الوجوب، ومقدار الواجب، وكيفية الوجوب، وما يسقطها بعد الوجوب.

أما الأول، وهو بيان الوجوب[١]: فلا يمكن الوصول إليه إلاَّ بعد معرفة أنواع القرابات، فنقول وبالله التوفيق: القرابة في الأصل نوعان: قرابةُ الولادةِ، وقرابة غير الولادة، وقرابة غير الولادة نوعان أيضاً: قرابة محرِّمة النكاح؛ كالأخوة والعمومة والخؤولة، وقرابة غير محرمة للنكاح؛ كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات، ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد.

وأما نفقة الوالدين[٢]، فلقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَنْ لاَ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾ [الإسراء:٢٣] أي: أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا إلا إياه، أمر ـ سبحانه وتعالى ـ؛ وَوَصى بالوالدين إحساناً، والإنفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الإحسان، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَوَصَّيْنَا الإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْناً﴾[العنكبوت:٨] وقوله ـ تعالى ـ: ﴿أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ﴾ [لقمان:١٤] والشكر للوالدين هو المكافأة لهما، أمر ـ سبحانه وتعالى ـ الولد أن

---

(١) نقل عن بعض العلماء من أنه لا يجبر أحد على نفقة أحد وأبين ما ينبغي في تفسيره، فأقول: قال عبد بن حميد الكشي: حدثنا قبيصة بن ذؤيب، عن سفيان الثوري، عن أشعث، عن الشعبي قال: «ما رأيت أحداً أجبر أحداً على أحدٍ، يعني: على نفقته» نقل هذا ابن حزم ثم ابن القيم، وهو يحتمل أنه لا يرى وجوب النفقة على الأقارب أو يرى أنها واجبة، لكن لا يجبر القاضي عليها من امتنع منها، وكلا الأمرين بعيد.

أما الأول: فلمصادمة الأدلة التي تقطع بوجوب نفقة الأقارب في الجملة.

وأما الثاني: فلمصادمته الأدلة الدالة على أن أولي الأمر يجب عليهم الأخذ على يد الظالم.

ومما يبعده أنه يشمل نفقة الزوجة التي لا خلاف في وجوبها، ولا في إجبار الممتنع عليها؛ ولذا تأوله ابن القيم؛ فقال: وفي إثبات هذا المذهب بهذا الكلام نظر، والشعبي أفقه من هذا. والظاهر أنه أراد أن الناس كانوا أتقى لله من أن يحتاج الغني إلى أن يجبره الحاكم على الإنفاق على قريبه المحتاج؛ فكان الناس يكتفون بإيجاب الشرع عن إيجاب الحاكم، أو إجباره» ا هـ.

وحاصله: أن الشعبي يحكي أنه لم يرى أحداً أجبر أحداً، وهذا لا يستلزم أن يكون قوم شكوا من عدم نفقة أقاربهم عليهم، فلم يجبروا، ولعله لم يبلغه ما روي عن عمر أنه حبس عصبة صبي، ولو بلغه ذلك ـ لما قال: «ما رأيت. . . الخ» فينبغي الإغضاء عن هذا المذهب.

ولعل هذا هو الداعي لابن المنذر إن حكى إجماع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين، اللذين لا كسب لهما واجبة في مال الولد. وإذا أغضى النظر عن هذا المذهب ـ صح أن يقال: اتفق العلماء على وجوب النفقة على الأقارب في الجملة.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد.

(٢) اتفق الأئمة الأربعة على أنه يجب على الولد ابناً أو بنتاً أن ينفق على أبيه وأمه المباشرين.

يكافىء لهما ويجازي بعضَ ما كان منهما إليه من: التربية، والبر، والعطف عليه، والوقاية من كلِّ شر ومكروه؛ وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وإدارار النفقة عليهما حَالَ عجزهما وحاجتهما من بابِ شكرِ النعمة فكان واجباً؛ وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾ [لقمان:١٥] وهذا في الوالدين الكافرين، فالمسلمان أولى، والإنفاق عليهما عند الحاجةِ مِنْ أعرفِ المعروف، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَلاَ تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء:٢٣] وأنه كناية عن كلام فيه ضرب إيذاء، ومعلوم أن معنى التأذي بترك الإنفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر، فكان النهي عن التأفيف نهياً عن ترك الإنفاق دلالة؛ كما كان نهياً عن الشتم والضرب دلالةً.

وَرُوِيَ عن جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنه ـ أن رجلاً جاء إلى رسولِ الله ﷺ ومعه أبوه فقال: يا رسولَ الله، إن لي مالاً، وإنَّ لي أباً وله مالٌ، وإن أبي يريد أن يأخذَ مالي، فقال رسولُ الله ﷺ: «**أَنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ**»[1] أضاف مال الابن إلى الأب بلام التمليكِ، وظاهره

(١) ورد هذا الحديث عن جماعة من أصحاب النبي ﷺ وهم جابر بن عبد الله وعبد الله بن عمرو وعمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وسمرة بن جندب وعبد الله بن مسعود وأبو بكر الصديق وعائشة ورجل من الأنصار.

ـ حديث جابر

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب ما للرجل من مال ولده حديث (٢٢٩١) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (١٥٨/٤) كتاب القضاء والشهادات: باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا، وفي «مشكل الآثار» (٢/ ٢٣٠) وابن عدي في «الكامل» (٧/ ١٦٥) كلهم من طريق يوسف بن أبي إسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال: أنت ومالك لأبيك.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٠٢): هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري.

وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٣٧): قال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذري: رجاله ثقات، وقال في «التنقيح»: ويوسف بن أبي إسحاق من الثقات المخرج لهم في الصحيحين... اهـ.

وقد توبع يوسف على هذا الحديث.

تابعه عمرو بن أبي قيس.

أخرجه السهمي في «تاريخ جرجان» (ص ـ ٣٨٥) من طريق عمرو عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: أنت ومالك لأبيك.

وتابعه أبان بن تغلب.

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ٧٢) من طريق أبان بن تغلب عن محمد بن المنكدر عن جابر به

وتابعه المنكدر بن محمد بن المنكدر.

أخرجه الطبراني في «المعجم الصغير» (٢/ ٦٢ ـ ٦٣) من طريق عبيد بن خصلة ثنا عبد الله بن نافع المدني عن المنكدر بن محمد بن المنكدر عن أبيه عن جابر بن عبد الله قال:.... =

....

= جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إن أبي أخذ مالي فقال النبي ﷺ للرجل اذهب فأتني بأبيك فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ فقال: إن الله يقرئك السلام ويقول إذا جاءك الشيخ فسله عن شيء قاله في نفسه ما سمعته أذناه فلما جاء الشيخ قال له النبي ﷺ: ما بال ابنك يشكوك أتريد أن تأخذ ماله؟ فقال: سله يا رسول الله هل أنفقته إلا على عماته وخالاته أو على نفسي؟ فقال النبي ﷺ: إيه دعنا من هذا أخبرنا عن شيء قلته في نفسك ما سمعته أذناك. فقال الشيخ: والله يا رسول الله ما يزال الله يزيدنا بك يقيناً، لقد قلت في نفسي شيئاً ما سمعته أذناي فقال: قل وأنا أسمع قال: قلت

غدوتك مولوداً ومنتك يافعاً ... تعل بما أجني عليك وتنهل
إذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت ... لسقمك إلا ساهراً أتململ
كأني أنا المطروق دونك بالذي ... طرقت به دوني فعيناي تهمل
تخاف الردى نفسي عليك وإنها ... لتعلم أن الموت وقت مؤجل
فلما بلغت السن والغاية التي ... إليها مدى ما فيك كنت أؤمل
جعلت جزائي غلظة وفظاظة ... كأنك أنت المنعم المفضل
فليتك إذا لم ترع حق أبوتي ... فعلت كما يفعل الجار المجاور يفعل
تراه معداً للخلاف كأنه ... برد على أهل الصواب موكل

قال فحينئذ أخذ النبي ﷺ بتلابيب ابنه وقال: «أنت ومالك لأبيك».

قال الطبراني: لا يروى هذا الحديث عن محمد بن المنكدر إلا بهذا التمام والشعر إلا بهذا الإسناد تفرد به عبيد بن خصلة.

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٨) وقال: رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه من لم أعرفه والمنكدر بن محمد ضعيف وقد وثقه أحمد والحديث بهذا التمام منكر.

حديث عبد الله بن عمرو

أخرجه أحمد (٢/ ٢١٤) وأبو داود (٣/ ٨٠١ ـ ٨٠٢) كتاب البيوع والإجارات: باب في الرجل يأكل من مال ولده حديث (٣٥٣٠) وابن ماجه (٢/ ٧٦٩) كتاب التجارات: باب ما للرجل من مال ولده حديث (٢٢٩٢) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٩٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٥٨) كتاب القضاء والشهادات: باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا والبيهقي (٧/ ٤٨٠) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٤٩) وأبو نعيم في «أخبار أصبهان» (٢/ ٢٢) من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: أتى أعرابي رسول الله ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يجتاح مالي قال: أنت ومالك لوالدك إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أموال أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً.

ـ حديث عمر بن الخطاب

أخرجه البزار (٢/ ٨٤ ـ كشف) رقم (١٢٦١) وابن عدي في «الكامل» (٣/ ٣٧٥ ـ ٣٧٦) من طريق سعيد بن بشير عن مطرف عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن عمر أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يأخذ مالي قال: أنت ومالك لأبيك.

قال البزار: لا نعلمه عن عمر مرفوعاً إلا من هذا الوجه وقد رواه غير مطرف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وقال ابن عدي: ولا أدري تشويش هذا الإسناد ممن هو لأن هذا الحديث يرويه جماعة عن عمرو بن =

....

= شعيب عن أبيه عن جده، ولا أعلم رواه عن سعيد بن المسيب عن عمر إلا من حديث سعيد بن بشير هذا وسعيد بن بشير له عند أهل دمشق تصانيف لأنه سكنها وهو بصري ورأيت له تفسيراً مصنفاً من رواية الوليد عنه ولا أرى بما يروي عن سعيد بأساً ولعله يهم في الشيء بعد الشيء ويغلط والغالب على حديثه الاستقامة والغالب عليه الصدق ا هـ.
والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٤) وقال: رواه البزار وسعيد بن المسيب لم يسمع من عمر.
ـ حديث عبد الله بن عمر
أخرجه أبو يعلى (١٠/ ٩٩) رقم (٥٧٣١) من طريق أبي حريز عن أبي إسحاق عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.
وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه أبو يعلى وفيه أبو حريز وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره وبقية رجاله ثقات ا هـ.
قلت: قال ابن أبي حاتم في «المراسيل» (ص ـ ١٤٦) عن أبيه قال: لم يسمع أبو إسحاق عن ابن عمر إنما رآه رؤية.
وللحديث طريق آخر عن ابن عمر.
أخرجه البزار (٢/ ٨٤ ـ كشف) رقم (١٢٥٩) من طريق ميمون بن يزيد عن عمرو بن محمد عن أبيه عن ابن عمر قال: جاء رجل يستعدي على والده فقال: إنه يأخذ مالي فقال له رسول الله ﷺ: أنت ومالك من كسب أبيك قال البزار: لا نعلمه عن ابن عمر مرفوعاً إلا بهذا الإسناد.
وفي «نصب الراية» (٣/ ٣٣٩) قال البزار: لا نعلمه يروى عن ابن عمر إلا بهذا الإسناد وعمر بن محمد فيه لين.
والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط وفيه: الولد من كسب الوالد وميمون بن يزيد لينه أبو حاتم ووهب بن يحيى ـ شيخ البزار ـ لم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات.
ـ حديث سمرة بن جندب
أخرجه البزار (٢/ ٨٤ ـ كشف) رقم (١٢٦٠) والعقيلي في «الضعفاء (٢/ ٢٣٤) والطبراني في «الكبير» (٧/ ٢٧٨ ـ ٢٧٩) رقم (٦٩٦١) كلهم من طريق عبد الله بن إسماعيل أبو مالك الجوداني ثنا جرير بن حازم عن الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.
قال البزار: لم يسنده غير أبو إسماعيل.
قال العقيلي: منكر الحديث لا يتابع على شيء من حديثه. . . وفي الباب أحاديث من غير هذا الوجه وفيها لين وبعضها أحسن من بعض.
والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٥٧) وقال: رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط وفيه عبد الله بن إسماعيل الجوداني قال أبو حاتم: لين وبقية رجال البزار ثقات.
ـ حديث عبد الله بن مسعود
أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٤٠٢) والطبراني في «الصغير» (١/ ٨) وفي «الكبير» (١٠/ ٩٩) رقم (١٠٠١٩) من طريق معاوية بن يحيى عن إبراهيم بن عبد الحميد بن ذي حماية عن غيلان بن جامع عن =

يقتضي أن يكون للأبِ في مال ابنه حقيقة الملك، فإن لم تثبت الحقيقة، فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة.

وَرُوِيَ عنِ النبيِّ ﷺ أنه قال: **«إنَّ أَطْيَبَ مَا يَأْكُلُ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ إِذَا احْتَجْتُمْ إِلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ»**[1]، والحديث حجة بأوله وآخره، أما بآخره فظاهر؛ لأنه ﷺ أطلق للأب الأكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقاً عن شرط الإذن والعوض، فوجب القول به.

وأما بأوله فلأن معنى قوله «وإنَّ وَلَدَهُ مِنْ كسبه»، أي: كسب ولده من كسبه؛ لأنه جعل كسب الرجل أطيب المأكول، والمأكول كسبه لا نفسه، وإذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه؛ لأن نفقة الإنسان من[2] كسبه، ولأن ولده لما كان من كسبه، كان كسب ولده ككسبه، وكسب كسب الإنسان كسبه فكسب عبده المأذون، فكانت نفقته فيه.

= حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله أن النبي ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك.
قال الطبراني: لا يروى عن ابن مسعود إلا بهذا الإسناد تفرد به ابن ذي حماية وكان من ثقات المسلمين.
وذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٧) وقال: رواه الطبراني في الثلاثة وفيه إبراهيم بن عبد الحميد بن ذي حماية ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات.
وقد وثقه الطبراني كما تقدم.

ـ حديث أبي بكر الصديق

أخرجه البيهقي (٧/ ٤٨١) كتاب النفقات: باب نفقة الأبوين، من طريق المنذر بن زياد ثنا إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم قال: حضرت أبا بكر الصديق فقال له رجل: يا خليفة رسول الله هذا يريد أن يأخذ مالي كله ويجتاحه فقال أبو بكر: إنما لك من ماله ما يكفيك فقال: يا خليفة رسول الله ﷺ أليس قال رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك.
فقال أبو بكر: ارضى بما رضي الله به.
قال البيهقي: والمنذر بن زياد ضعيف.
والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/١٥٨ ـ ١٥٩) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه المنذر بن زياد الطائي وهو متروك.

ـ حديث عائشة

أخرجه ابن حبان (١٠٩٤ ـ موارد) من طريق عطاء عن عائشة أن رجلاً أتى النبي ﷺ يخاصم أباه في دين عليه فقال النبي ﷺ: أنت ومالك لأبيك.

ـ حديث الرجل من الأنصار

أخرجه ابن أبي عمر العدني في «مسنده» كما في «المطالب العالية» (٢/ ٣٧٥) رقم (٢٥٠٩) من طريق الشعبي عن رجل من الأنصار أنه جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي غصبني مالك قال: أنت ومالك لأبيك.

(١) تقدم تخريجه من حديث عاشة.
(٢) في ط: في.

وَأَمَّا نفقة الولد فلقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] إلى قوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُود لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوتُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣](١) أي: رزق الوالدات المرضعات، فإن كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة، ففيها إيجاب نفقة الرضاع على المولود له، وهو الأب لأجل الولد، كما في قوله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] وإن كان المراد منهن المنكوحات، أو المطلقات المعتدات، فإنما ذكر النفقة، والكسوة في حال الرضاع، وإن كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد؛ لأنها تحتاج إلى فضل إطعام وفضل كسوة لمكان الرِّضاع.

ألاَ تَرَىٰ أنَّ لها أن تفطِرَ لأجلِ الرَّضَاع إذا كانت صائمة لزيادة حاجتها إلى الطعام بسبب الولد، ولأن الإنفاق عند/ الحاجة من باب إحياء المنفق عليه، والولد جزء الوالد، وإحياء نفسه واجب؛ كذا إحياء جزئه، واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين؛ ولأن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالإجماع، والإنفاق من باب الصلة فكان واجباً وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى القطع، فكان حراماً. ١٤٥أ

واختلف في وجوبها في القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة، قال أصحابنا: تجب.

وقال مالك والشافعي: لا تجبُ، غير أن مالكاً يقولُ: لا نفقة إلاَّ على الأب للابن والابن للأب حتى قال: لا نفقة على الجدِّ لابن الابن، ولا على ابن الابن للجد.

وقال الشافعي: تجب على الوالدين والمولودين، والكلام في هذه المسألة بناء على أنَّ هذه القرابة مفترضةُ الوصل، محرمةُ القطع عندنا؛ خلافاً لهما.

---

(١) وجه الدلالة: أن الله ـ عز وجل ـ أوجب على الآباء أجرة رضاع أولادهم، ولو لم تكن مؤنتهم واجبة عليهم ـ لما وجب أجر رضاعهم.

٣ ـ قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

وجه الدلالة: أن الله ـ تعالى ـ أوجب للوالدات الرزق والكسوة على المولود له، وهو الأب. ولا شَكَّ أن ﴿الْمَوْلُودِ لَهُ﴾ مشتق، فتعلق الحكم به يؤذن بأن ولادة الولد له علة في وجوب الرزق، والكسوة عليه، فإذا وجبت نفقة غير الولد، بسبب الولد ـ فوجوب نفقته أولى.

هذا على أنها في الإنفاق على الزوجات، والمعتدات بدون إرضاع، وأما على أنها الإنفاق على المرضعات جزاء الإرضاع ـ فهي مثل الآية السابقة، وقد قررت في صدر الرسالة أن الظاهر كونها في الإنفاق للولادة، لا للرضاع، وأن كون الولادة علة لا يتنافى مع إيجاب النفقة للزوجات، والمعتدات بدون ولادة.

والمقصود هنا بيان دلالتها على وجوب نفقة الأولاد وعلى الأب. وهي تدل على ذلك بوجهيها.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد.

وعلى هذا ينبني العتق عند الملك، ووجوب القطع بالسرقة، وهي من مسائل العتاق - نذكرها هناك إن شاء الله - تعالى -.

ثم الكلام في المسألة على سبيل الابتداء، احتج الشافعي فقال: إن الله - تعالى - أوجب النفقة على الأب لا غير بقوله - تعالى -: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] فمن كان مثل حاله في القرب يلحق به، وإلاَّ فلا، ولا يقال إن الله - تعالى - قال: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذلك﴾ [البقرة:٢٣٣]؛ لأن ابن عباس - رضي الله عنهما - صرف قوله ذلك إلى ترك المضارة، لا إلى النفقة والكسوة، فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم؛ كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما.

ولنا قوله - تعالى -: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] وروي عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - وجماعةٍ من التابعين أَنَّهُ معطوفٌ على النفقة والكسوة لا غير، لا على ترك المضارة، معناه وعلى الوارث مثلُ ما على المولود له من النفقة والكسوة، ومصداق هذا التأويل أنه لو جعل عطفاً على هذا لكان عطف الاسم على الاسم، وأنه شائع، ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل، فكان الأول أولى؛ ولأنه لو جعل عطفاً على قوله: «لاَ تُضَارَّ» لكان من حق الكلام أن يقولَ: والوارث مثل ذلك، وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكلِّ من النفقة والكسوة وترك المضارة؛ لأن الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو، وأنه حرف جمع فيصير الكل مذكوراً في حالة واحدة فينصرف قوله ذلك إلى الكل، أي: على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وأنه لا يضارها ولا تضاره في النفقة وغيرها، وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس - رضي الله عنهما -، على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفي وجوب النفقة على الوارث، بل يوجب؛ لأن قوله - تعالى -: ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] نهى - سبحانه وتعالى - عن المضارة مطلقاً في النفقة وغيرها، فإذا كان معنى إضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الإنفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله - تعالى -: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] أنه لا يضارها، فإنما يرجع ذلك إلى مثل ما لزم الأب؛ وذلك يقتضي أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة بأجر مثلها، ولا يخرج الولد من يدها إلى يد غيرها إضراراً بها. وإذا ثبت هذا فظاهرُ الآيةِ يقتضي وجوب النفقة والكسوة على كلِّ وارث، أو على مطلق الوارث إلاَّ من خُصَّ، أو قُيِّدَ بدليل.

وأمَّا القرابة التي ليست بمحرمة للنكاح، فلا نفقة فيها عند عامة العلماء؛ خلافاً لابن أبي ليلى.

واحتج بظاهر قوله - تعالى -: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] من غير فصل بين

وارث ووارث، وإنا نقول المراد من الوارث الأقارب الذي له رحمٌ محرمٌ، لا مطلق الوارث؛ عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ: «وَعَلَى الوَارِثِ ذَي الرَّحِمِ المُحَرم مِثْلُ ذَلِكَ» ولأن وجوبها في القرآن العظيم معلولاً بكونها صلة الرحم؛ صيانة لها عن القطيعة، فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها، ولم توجد فلا تجب؛ ولهذا لا يثبت العتق عند الملك، ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة، والله الموفق.

فصل في سبب وجوب نفقة الأقارب

وأما سبب وجوب هذه النفقة؛ أما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة؛ لأن به تثبت الجزئية والبعضية، والإنفاقُ على المحتاج إحياءٌ له، ويجب على الإنسان إحياء كله وجزئه، وإن شئت قلت سبب [وجوب][1] نفقة الأقارب [في الولادة][2] وغيرها من الرحم المحرم هو

---

(١) تنوعت أراء الفقهاء فيمن تجب لهم النفقة من القرابة على خمسة مذاهب: **الأول**: أنها تجب للأب والأم المباشرين على الابن والبنت، وللابن والبنت على أبيهما المباشر، دون أمهما.
ولا تجب لغير هذه الأصناف الأربعة من أصول وفروع، وغيرهما ـ وهذا مذهب المالكية، وهو أضيقُ المذاهبِ.
الثاني: أنها تجب لعمودي النَّسَبِ؛ الأصول وإن علوا، والفروع وإن سفلوا، دون غيرهم من بقية الأقارب. وهذا مذهب الشافعية، وهو أوسع من الأول.
والثالث: أنها تجب للأصول والفروع جميعاً، ولكل ذي رحم محرم سواهما، سواء كان وارثاً، كالأخ، والأخت، وابن الأخ لغير الأم، والعم لغير الأم، أم لا؛ كالعم لأم، والخال، والخالة، والعمة، وابن الأخ لأم، وابن الأخت، وبنت الأخ، بخلاف ذي الرحم الذي ليس بمحرم، سواء كان وارثاً كابن العم لغير الأم، أم لا؛ كابن العم لأم، وولد الخال. أو الخالة، أو العمة.
وهذا مذهب الحنفية، وحماد بن أبي سليمان، وهو أوسع من المذهبين قبله.
الرابع: أنها تجب للأصول والفروع جميعاً، ولكل موروث من غيرهم على من يرثه بفرضٍ أو تعصيب.
وقيل: على من يرثه بالتعصيب فقط وقيل: على من يرثُه، ولو بالرحم.
وهذا مذهب الإمام أحمد، وفيه ثلاثُ رواياتٍ في غير الأصول والفروع، كما ترى.
الأولى: أنها تجب للموروث على الوارث بالفرض كالأخ لأم والأخت، أو بالتعصيب، كالأخ الشقيق، وابن العم، والمولى المعتق وهذه هي المشهورةُ. وبمثل ذلك قال الحسن، ومجاهد، والنخعي، وقتادة، والحسن بن صالح، وابن أبي ليلى، وأبو ثور.
الثانية: أنها تجب للموروث على الوارث بالتعصيب فَقَطْ.
وهذه رواية بكر بن محمد، عن أبيه، عن أحمد، وبمثلها قال الأوزاعي، وإسحاق، ومجاهد، وعطاء، وقضى بذلك عمر.
الثالثة: أنها تجبُ للموروث على الوارث، ولو بالرحم؛ كالخال، والخالة، والعمة.
وهذه رواية مخرجة ـ خرجها أبو الخطاب ـ على مذهب أحمد في إرث ذوي الأرحام؛ فإنه يورثهم إن لم يوجد ذو فرض، ولا تعصيب.

القرابة المحرمة للقطع؛ لأنه إذا حرم قطعها، يحرم كل سبب مفضٍ إلى القطع، وترك الإنفاق من ذي الرحم المحرم مع قدرته/ وحاجة المنفق عليه، تفضي إلى قطعِ الرحمِ، فيحرم الترك، ١٤٥ب وإذا حرم الترك، وجب الفعل[1] ضرورةً.

وإذا عرف هذا، فنقول الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو إما أن كانت حال الانفراد، وإما أن كانت حالَ الاجتماع، فإن كانت حال الانفراد بأن لم يَكُنْ هناك من تجب عليه النفقة إلاَّ واحداً تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب؛ لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه؛ وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم، وإن كانت حال الاجتماع، فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد، فالنفقة على الأقرب في قرابة الولاد

= والرواية الأولى والثانية بينهما وبين قول الحنفية ـ عمومٌ من وجهه، وخصوص من وجه.
والثالثة: ظاهرها أنها أعم عموماً مطلقاً؛ لأن حاصلها أنَّ النفقة تجب لكل الأقارب، سواء أكانوا أصولاً، أم فروعاً، أم حواشي، وسواء أكانوا وراثين بالفرض، أم بالتعصيب، أم بالرحم. وتجب أيضاً للعتيق، وإن لم يكن قريباً.
لكن من تأمل وجد بينهما عموماً وجهياً أيضاً، لأن الحنفية قد يوجبونها على ذي الرحم المحرم، وإن كان محجوباً. وهذه الرواية لا توجبها عليه إن كان محجوباً.
الخامس: أنها تجب للأصول والفروع جميعاً، ولكل موروث، ولكل ذي رحم محرم.
وهذا مذهبُ ابن حزم، ومرادُه بالموروث: من يرثه المنفق، من غير أن يحجبه أحد عن ميراثه، إن مات من عصبة، أو مولى له أسفل؛ هكذا قال في هذا المبحث، وظاهره أنه يريد الإرث بالتعصيب فقط، لكن قد علمت فيما مضى أنه أوجب على الزوجة الغنية أن تنفق على زوجها العاجز عن نَفَقَةِ نَفْسِهِ، لأنها وارثة له، فتبين بهذا أن مرادَهُ بالموروثِ: من يورث بتعصيب، أو فرضٍ؛ فلعله اقتصر في البيان على الوارث بالتعصيب؛ لأن الوارث بالفرض هو البنت، وبنت الابن، والأم والجدة، والأخت، والأخ لأم، والزوج والزوجة، والجميع داخلون في ذي الرحم المحرم، ما عدا الزوج والزوجة.
ونفقة الزوج على الزوجة، ونفقة الزوجة على زوجها قد قال بها فيما مضى؛ فلم يبق إلا الإرث بالتعصيب؛ فلذا اقتصر عليه هنا، فليتأمل.
وظهر بهذا أنه يعمم في الموروث؛ فيتعدى به الأقارب، حتى يشمل الزوج، والمولى الأسفل؛ أي: العتيق؛ فيكون أعم من المذاهب السالفة كلها ما عدا الرواية الأخيرة عن الإمام أحمد فإنها أعم منه؛ لشمولها إنفاق ذي الرحم الذي ليس محرماً، ولا وارثاً بفرض، أو تعصيب على ذي رحمه؛ كإنفاق بنت العم على ابن عمها الذي ليس له وراث بالفرض، أو التعصيب.
ولعله أعم من هذه الرواية بالنظر، لشموله إنفاق الزوجة على زوجها، وإن كان مقتضى إطلاقهم الوارث في مذهب أحمد، وتمثيلهم بالمعتق أنهم يوافقون ابن حزم في الزوجة، وإن لم يصرحوا بذلك.
ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، التحفة ٨/ ٣٤٤، النهاية ٦/ ٢٦٤، المغني ٩/ ٢٥٦، كشاف القناع ٣/ ٣١٣.
(٢) سقط من ط.
(١) في أ: من الوالدين والمولودين.

وغيرها من الرحم المحرم، فإن استويا في القرب، ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر، وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحانٍ، فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث. وإن كل واحد منهما وارثاً، وإن لم يوجد الترجيح، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، وأما في غيرها من الرحم المحرم، فإن كان الوارث أحدهما والآخر محجوباً، فالنفقةُ على الوارثِ ويرجح بكونه وارثاً، وإن كان كلُّ واحدٍ منهما وارثاً، فالنفقةُ عليهما على قدر الميراث، وإنما كان كذلك لأن النفقة في قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] علق ـ سبحانه وتعالى ـ وجوبها باسم الولادة، وفي غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثة؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] علَّق ـ سبحانه وتعالى ـ الاستحقاق بالإرث، فتجب بقدر الميراث؛ ولهذا قال أصحابنا أن من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات، فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو أوصى لولد فلان، كان الذكر والأنثى فيه سواء، فدل به ما ذكرنا.

وبيان هذا الأصل إذا كان له ابن وابن ابن، فالنفقة على الابن؛ لأنه أقرب، ولو كان الابن معسراً وابن الابن موسراً، فالنفقةُ على الابن أيضاً، إذا لم يكن زَمناً؛ لأنه هو الأقربُ، ولا سبيل إلى إيجاب النفقة على الأبعد مع قيام الأقرب إلاَّ أن القاضي يأمر ابن الابن بأنه يؤدي عنه على أن يرجع عليه إذا أيسر، فيصير الأبعدُ نائباً عن الأقربِ في الأداء، ولو أدى بغير أمر القاضي لم يرجع، ولو كان له أب وجدٌّ، فالنفقة على الأب لا على الجد؛ لأن الأبَ أقرب.

ولو كان الأب معسراً، والجدُّ موسراً، فنفقتُهُ على الأب أيضاً إذا لم يكن زَمناً؛ لكن يؤمر الجد بأن ينفق، ثم يرجع على الأب إذا أيسر، ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الأب؛ لأنه أقرب إلاَّ أنه إذا كان الأب معسراً غير زمن وابن الابن موسراً، فإنه يؤدي عن الأب بأمر القاضي، ثم يرجع عليه إذا أيسر.

ولو كان له أبٌ وابنٌ، فنفقته على الابن لا على الأب، وإن اسْتَوَيَا في القرب والوراثةِ ويرجعُ الابن بالإيجاب عليه؛ لكونه كسب الأب، فيكون له حقاً في كسبه، وكون ماله مضافاً إليه شرعاً؛ لقوله ﷺ: «**أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ**» ولا يشارك الولد في نفقة والده أحدٌ لما قلنا.

وكذا في نفقة والدته؛ لعدم المشاركة في السبب وهو الولادة، والاختصاصُ بالسبب يوجبُ الاختصاصَ بالحكمِ؛ وكذا لا يشارك الإنسان أحدٌ في نفقة جده وجدته عند عدم الأبِ والأم؛ لأن الجد يقوم مقامَ الأبِ عند عدمه، والجدة تقوم مقام الأم عند عدمها، ولو كان له ابنان فنفقتهُ عليهما على السواء؛ وكذا إذا كان له ابن وبنت، ولا يفضل الذكر على الأنثى في النفقةِ لاستوائهما في سببِ الوجوبِ وهو الولاد.

ولو كان له بنت وأخت، فالنفقةُ على البنت؛ لأن الولاد لها، وهذا يدل على أن النفقة لا تعتبر بالميراث؛ لأن الأخت ترثُ مع البنت، ولا نفقة عليها مع البنت، ولا تجب على الابن نفقة منكوحةِ أبيه؛ لأنها أجنبية عنه إلا أن يكون الأب محتاجاً إلىٰ من يخدمه، فحينئذٍ يجب عليه نفقة امرأته؛ لأنه يؤمر بخدمة الأب بنفسه أو بالأجير.

ولو كان للصغير أبوان فنفقتُهُ على الأب لا على الأم بالإجماع، وإن استويا في القرب والولاد، ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحدٌ؛ لأن الله ـ تعالى ـ خص الأب بتسميته بكونه مولوداً له، وأضاف الولد إليه بلام الملك، وخَصَّهُ بإيجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله: ﴿وَعَلَىٰ الْمَوْلُود لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي رزق الوالدات المرضعات، سمى الأم والدة والأب مولوداً له، وقال ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] خص ـ سبحانه وتعالى ـ الأب بإيتاء أجر الرضاع بعد الطلاق؛ وكذا أوجب في الآيتين كل نفقة/ ١٤٦أ الرضاع على الأب لولده الصغير، وليس وراء الكل شيءٌ. ولا يقال: إنَّ الله (عزَّ وجلَّ) قال: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ ثم قال: ﴿وَعَلَىٰ الْوَارِثِ مِثْلَ ذَلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣] والأم وارثة، فيقتضي أن تشارك [الأب][1] في النفقة كسائر الورثة من الرحم المحرم، وكمن قال: أوصيتُ لفلانٍ من مالي بألف درهم، وأوصيتُ لفلانٍ مثل ذلك، ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه؛ كذا هذا؛ لأنا نقولُ لمَّا جعل الله ـ عزَّ وجلَّ ـ كل النفقة على الأب بقوله: ﴿وَعَلَىٰ الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] تعذر إيجابها على الأم حال قيام الأب، فيحمل على حال عدمه؛ ليكون عملاً بالنص من كل وجه في الحالين، ولم يوجد مثل هذا في سائر ذوي الرحم المحرم، وفي باب الوصية لا يمكن العمل بكلٍّ واحدةٍ من الوصيتين في حالين، وقد ضاق المحلُّ عن قبولهما في حالة واحدة، فلزم القول بالشركة ضرورة[2].

ولو كان الأب معسراً غير عاجز عن الكسب، والأم موسرة، فالنفقة على الأب، لكن تؤمر الأم بالنفقة ثم ترجع بها على الأب إذا أيسر؛ لأنها تصير دَيْناً في ذمته إذا أنفقت بأمر القاضي، ولو كان للصغير أب وأم أم، فالنفقة على الأب والحضانة على الجدة؛ لأن الأم لما لم تشارك الأب في نفقة ولده الصغير مع قربها، فالجدة مع بعدها أولى.

هذا إذا كان الولد صغيراً فقيراً وله أبوان موسران، فأما إذا كان كبيراً وهو ذَكَرٌ فقيرٌ عاجزٌ عنِ الكسب، فقد ذكر في «كتاب النكاح» أن نفقته أيضاً على الأب خاصَّةً، وذكر الخصاف أنه على الأب والأم أثلاثاً، ثلثاها على الأب وثلثُها على الأم.

(١) في أ: الوصل.
(٢) سقط من ط.

وجه ما ذكره الخصاف أن الأب إنما خص بإيجاب النفقة عليه لابنه الصغير؛ لاختصاصه بالولاية، وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص، فتجب عليهما على قدر ميراثهما.

وجه رواية «كتاب النكاح» أن تخصيص الأب بالإيجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولوداً له، وهذا ثابتٌ بعد الكبر، فيختص بنفقته كالصغير، واعتبار الولاية والإرث في هذه النفقة غير سديد؛ لأنها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا وارث عند اختلاف الدين.

ولا يشارك الجد أحد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده؛ لأنه يقوم مقامَ ولده عند عدمه.

ولا يشارك الزوج في نفقة زوجته أحدٌ؛ لأنه لا يشاركه أحدٌ في سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح، حتى لو كان لها زوجٌ معسر وابن موسرٌ من غير الزوج أو أب موسر أو أخ موسر، فنفقتُها على الزوج لا على الأب والابن والأخ، لكن يؤمر الأب أو الابن أو الأخ بأنْ ينفق عليها، ثم يرجع على الزوج إذا أيسر، ولو كان له جَدٌّ وابن ابن، فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما؛ لأنهما في القرابة والوراثة سواء، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر من وجه آخر، فكانتِ النفقةُ عليهما على قدر الميراث، السدس على الجد، والباقي على ابن الابن؛ كالميراث.

ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثاً، الثلثُ على الأم والثلثان على الجد؛ على قدر ميراثهما؛ وكذلك إذا كان له أمٌّ وأخ لأب وأمٍّ، أو لأب، أو ابن أخ لأب وأم أو لأب، أو عم لأم وأب، أو لأب ـ كانتِ النفقةُ عليهما أثلاثاً، ثلثُها على الأم، والثلثانِ على الأخ وابن الأخ والعم.

وكذلك إذا كان له أخ لأب وأم وأخت لأبٍ وأم، كانت النفقة عليهما أثلاثاً على قدر ميراثهما، ولو كان له أخ لأب وأم وأخ لأم، فالنفقة عليهما أسداساً، سدسُها على الأخِ لأم، وخمسة أسداسها على الأخِ لأبٍ وأم.

ولو كان له جد وجدة، كانت النفقة عليهما أسداساً على قدر الميراث، ولو كان له عم وعمة، فالنفقةُ على العمِّ، لأنهما استويا في القرابة المحرمة للقطع والعم وهو الوارث، فيرجح بكونه وارثاً.

وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا، ولو كان له عمة وخالة أو خال، فالنفقة عليهما أثلاثاً، ثلثاها على العمةِ، والثلثُ على الخالِ أو الخالةِ، ولو كان له خال وابن عم، فالنفقةُ على الخال لا على ابن العم؛ لأنهما ما استويا في سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع؛ إذ الخال هو ذو الرحم المحرَم، واستحقاق الميراث للترجيح، والترجيح يكون بعد الاستواء في ركن العلة، ولم يوجد.

ولو كان له عمة وخالة وابن عم، فعلى الخالة الثلثُ، وعلى العمة الثلثان، لاستوائهما في سبب استحقاقِ الإرثِ، فتكون النفقةُ بينهما على قدر الميراث، ولا شيء على ابن العم؛ لانعدام سبب الاستحقاق في حقه، وهو القرابة المحرمة القطع/ . ١٤٦ب

ولو كان له ثلاث أخوات متفرقات وابن عم، فالنفقةُ على الأخوات على خمسة أسهم، ثلاثةُ أسهم على الأخت لأب وأم، وسهمٌ على الأخت لأم، وسهم على الأخت لأب؛ على قدر الميراث، ولا يعتد بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه، فيلحق بالعدم؛ كأنه ليس له إلا الأخوات وميراثه لهن على خمسة أسهم؛ كذا النفقة عليهن، ولو كان له ثلاثة أخوة متفرقين فالنفقة على الأخ للأب والأم وعلى الأخ للأم على قدر الميراث أسداساً، لأن الأخ لا يرث معهما فيلحق بالعدم.

ولو كان له عم وعمة وخالة، فالنفقة على العم؛ لأن العم مساوٍ لهما في سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم، وفضلهما بكونه وارثاً؛ إذ الميراث له لا لهما، فكانت النفقة عليه لا عليهما وإن كان العم معسراً، فالنفقة عليهما؛ لأنه يجعل كالميت.

والأصلُ في هذا أن كُلَّ من كان يجوز جميع الميراث وهو معسر يُجعل كالميت، وإذا جعل كالميت، كانتِ النفقةُ على الباقين على قدر مواريثهم، وكلُّ من كان يجوز بعض الميراث لا يجعل كالميت، فكانتِ النفقةُ على قدر مواريث من يرث معه.

بيانُ هذا الأصل: رجلٌ معسر عاجزٌ عن الكسب، وله ابن معسر عاجزٌ عن الكسبِ أو هو صغير، وله ثلاثة أخوة متفرقين، فنفقة الأب على أخيه لأبيه وأمه، وعلى أخيه لأمه أسداساً، سدس النفقة على الأخ لأم، وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم، ونفقة الولد على الأخ لأب وأم خاصة؛ لأن الأب يحوزُ جميعَ الميراث؛ فيجعل كالميت، فتكون نفقة الأب على الأخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الأب، هذا فأما الابن فوارثه العم لأب وأم، لا العم لأب ولا العم لأم، فكانت نفقته على عمه لأبٍ وأم.

ولو كان للرجل ثلاثُ أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن أخماساً، ثلاثة أخماسها على الأخت لأب وأم، وخمسٌ على الأخت لأبٍ، وخمس على الأخت لأمٍّ؛ على قدر مواريثهن، ونفقة الابن على عمته لأب وأم؛ لأنها هي الوارثة منه لا غير.

ولو كان مكان الابن بنت، والمسألة بحالها، فنفقة الأب في الأخوة المتفرقين على أخيه لأبيه وأمه، وفي الأخوات المتفرقات؛ على أخته لأبيه وأمه؛ لأن البنت لا تجوز جميع الميراث، فلا حاجة إلى أن تجعل كالميتة، فكان الوارث معها الأخ لأب والأم لا غير، والأخت لأب وأم لا غير، لأن الأخ والأخت لأم لا يرثان مع الولدِ والأخ للأب لا يرث مع الأخ لأب وأم، والأخت لأب لا ترث مع البنت والأخت لأب وأم؛ لأن الأخوات مع البنات عصبة، وفي العصبات تقدم الأقرب فالأقرب، فكانت النفقة عليهما.

وكذلك نفقة البنت على العم لأبٍ وأم، أو على العمة لأبٍ وأم؛ لأنهما وارثاها بخلاف الفصل الأول؛ لأن هناك لا يمكن إيجاب[1] النفقة على الأخوة والأخوات إلاَّ بجعل الابن كالميت؛ لأنه يحوز جميع الميراث، فمست الحاجة إلى أن يجعل ميتاً حُكماً، ولو كان الابن ميتاً، كان ميراث الأب للأخ لأب وأم، للأخ لأم أسداساً، وللأخوات أخماساً، فكذا النفقة، وعلى هذا الأصل مسائل.

فصل في شرائط وجوب هذه النفقة

وأما شرائط وجوب هذه النفقة فأنواع، بعضُها يرجع إلى المنفق عليه خاصَّة، وبعضُها يرجع إلى المنفق خاصَّةً، وبعضُها يرجع إليهما، وبعضُها يرجع إلى غيرهما، أما الذي يرجعُ إلى المنفقِ عليه خاصة فأنواعٌ ثلاثةٌ:

أحدها: إعساره، فلا تجبُ لموسر عَلَىٰ غيره نفقةٌ في قَرابةِ الولاد وغيرها من الرحم المحرم[2]؛ لأن وجوبها معلولٌ بحاجة المنفق عليه، فلا تجب لغير المحتاج؛ ولأنه إذا كان

---

(١) في ط: الإيجاب للنفقة.

(٢) اتفق الفقهاء على أنه يشترط في وجوب إنفاق الشخص على قريبه أن يكون القريب محتاجاً إلى النفقة؛ بأن يكون معسراً بالمال، عاجزاً عن الكسب.
لكن لهم في بعض تفاصيل هذا الشرط اختلاف، وإليك أقوال أهل المذاهب الأربعة فيه.
أ ـ فالشافعية قالوا: يشترط أن يكون من تجب نفقته محتاجاً، فإن كان موسراً، لم يستحق، لأنها تجب على سبيل المواساة، والموسر مستغن عن المواساة، وإن كان موسراً عاجزاً عن الكسب، للصغر، أو المرض، أو الجنون، أو الزمانة، أو لكونه لا يحسنه، أو لكونه لا يليق به، أو لاشتغاله بطلب علم شرعي، بحيث ترجى منه النجابة وحيث نفقته؛ لأن الأول عاجز عن كفاية نفسه، والثاني في معناه وإن كان قادراً على الكسب، لكن لم يكتسب، فإن كان من الوالدين ـ ففيه قولان.
أظهرهما: أنه يستحق النفقة، لأنه محتاج؛ فاستحق النفقة على ولده، ولا يكلف كسباً، لعظم حرمة الأصل، ولأن فرعه مأمور بمصاحبته بالمعروف، وليس منها تكليفه الكسب مع كبر السن.
والقول الثاني ـ لا يستحق؛ لأن القوة كاليسار، ولهذا سوى ـ رسول الله ﷺ بينهما في تحريم الزكاة؛ فقال: «لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ، وَلاَ لِذِي مِرَّةٍ قَوِيٍّ».
ومحل القولين: إذا لم يشتغل بمال الولد ومصالحه. وإلا وجبت نفقته جزماً.
وإن كان من المولودين، ففيه طريقان:
من أصحابنا قال: فيه قولان كالوالدين.
ومنهم من قال: لا يستحق قولاً واحداً وهو المذهب: لأن حرمة الوالد أكد فاستحق بها مع القوة، وحرمة الولد أضعف، فلم يستحق بها مع القوة.
والحنابلة قالوا: يشترط فيمن تجب له النفقة أن يكون فقيراً، لا مال له، ولا كسب يستغني به عن إنفاق غيره؛ فإن كان موسراً، أو له كسب يكفيه، فلا نفقة له وإن لم يكف وجب إكمالها له، وتجب نفقة من لا =

....

= حرفة له، ولو كان صحيحاً مكلفاً، ولو من غير الوالدين، فإن كانت له حرفة، لم تجب نفقته، وإن لم تكف أكلمت.
وفي رواية أن من لم تكن له حرفة من غير الوالدين، وكان قادراً على الكسب أجبر عليه، ولم تجب نفقته حينئذ.
ج ـ والحنفية قالوا: يشترط إعسار من تجب له النفقة، وعجزه عن الكسب بأن يكون صغيراً، أو زِمناً، أو مقعداً، أو مفلوجاً، أو مشلولاً، أو به غير ذلك من العوارض التي تمنع الإنسان من الاكتساب، وقد نصوا على أن الأنوثة عجز، فلا تكلف الأنثى الكسب، لكنها لو اكتسبت بالفعل ما يكفيها لا تجب لها النفقة، وعلى أنَّ من لا يحسن الكسب لحزقه، أي: لعدم معرفته عمل اليد، ومن يكون من أبناء الكرام، لا يجد من يستأجره، أو يكون ممن يلحقه العار بالتكسب، أو يكون طالب علم، وبه رشد.
كل هؤلاء تجب لهم النفقة لعجزهم عن الكسب حكماً.
ومن كان صحيحاً غير عاجز عن الكسب لا تجب له النفقة على غيره.
وإن كان معسراً إلا الأب خاصة، والجد عند عدمه، لأن الشرع، نهى الولد عن إلحاق أدنى الأذى بالوالدين، وهو التأفيف.
ومعنى الأذى في إلزام الأب الكسب مع غنى الولد أكثر، فكان أولى بالنهي، ولم يوجد ذلك في الابن.
د ـ والمالكية قالوا: يشترط فيمن تجب نفقته من الأولاد الفقر مع العجز عن الكسب بصنعة لا تزرى بهم.
وأما الوالدان فيشترط فقرهما، وفي اشتراط عجزهما عن الكسب خلاف.
قال الباجي: «لاَ يُشْتَرَطُ فِيهِمَا ذَلِكَ، فتجب نفقتهما ما لم يكتسبا بالفعل».
وقال اللخمي: «يشترط قياساً على الولد، فلا تجب نفقتهما إن قدرا على الكسب، ولو بصنعة تزري بالولد: لا تصافهما بها قبل وجود الولد غالباً».
وقول اللخمي هو المعتمد.
ثم إن نفقة الابن، تجب حتَّى يطرأ له مالٌ، أو يبلغ عاقلاً، قادراً على الكسب فإن طرأ له مالٌ انقطعت، فإن ذهب قبل البلوغ عادت، وإن بلغ عاقلاً قادراً على الكسب انقطعت، ولم تعد بطرفة جنونه، أو عجزه، وإن بلغ مجنوناً، أو عاجزاً بزمانه أو عَمَى مثلاً استمرت؛ فإن طرأ له مال في هذه الحالة، انقطعت، فإن ذهب مع بقاء الجنون أو الزمانة، عادت.
ونفقة البنت تجب حتى يدخل بها زوج، وإن لم يكن بالغاً، ولم تكن مطيقة، أو يدعي للدخول. وهو بالغ، وهي مطيقة، ففي هاتين الصورتين تنقطع ولا تعود بتأيمها إلا في ثلاث صور:
الأولى: أن تَتَأَيَّمَ وهي بِكْرُ.
الثانية: أن تتأيم، وهي صغيرة ثيب.
الثالث: أن يدخل بها الزوج زمنة، ثم تتأيم منه، وهي ثيب بالغ زمنه.
فإن تأَيَّمَتْ، وهي ثيب بالغ صحيحة لم تعد نفقتها، وكذا لو تأيمت، وهي ثيب بالغ زمنة، وكان زوجها قد دخل بها صحيحة.
هـ ـ وابن حزم ذَهَبَ إلى أن من قدر على معاش وتكسب، وإن كان خسيساً، لم تجب نفقته، إلا الأصول من آباء وأمهات، وأجداد وجدات، فإن الولد يكلف أن يصونهم عن خَسِيسِ الكسب إن قدر.
ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، المهذب ٢/١٧٨، التحفة ٨/٣٤٧، النهاية ٦/٢٦٦، كشاف القناع ٣/٣١٦.

غنياً لا يكون هو بإيجاب النفقة له على غيره أولى من الإيجاب لغيره عليه، فيقع التعارض، فيمتنع الوجوب، بل إذا كان مستغنى بماله، كان إيجاب النفقة في ماله أولى من إيجابها في مال غيره؛ بخلاف نفقة الزوجات أنها تجب للزوجة الموسرة؛ لأن وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة، بل لها شبه بالإعواض، فيستوي فيها المعسرة والموسرة؛ كثمن البيع والمهر.

واختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة، قيل: هو الذي يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة، وقيل: هو المحتاج، ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر، فيه اختلاف الرواية:

في رواية لا يستحق حتى لو كان أختاً لا يؤمر الأخ بالإنفاق عليها، وكذلك إذا كانت بنتاً له أو أماً في رواية يستحق.

وجه الرواية الأولى: أن النفقة لا تجب لغير المحتاج، وهؤلاء غير محتاجين؛ لأنه يمكن ١٤٧أ الاكتفاء بالأدنى بأن يبيع/ بعض المنزل أو كله ويكتري منزلاً فيسكن بالكراء، أو يبيع الخادم.

وجه الرواية الأخرى: أن بيع المنزل لا يقع إلاً نادراً؛ وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك، وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار، بل يؤمر القريب بالإنفاق عليه.

ألا ترى أنه تحل الصدقة لهؤلاء، ولا يؤمرون ببيع المنزل ـ ثم الولد الصغير إذا كان له مالٌ حتى كانت نفقته في ماله لا على الأب، وإن كان الأب موسراً، فإن كان المال حاضراً في يد الأبِ، أنفق منه عليه، وينبغي أن يُشهد على ذلك؛ إذ لو لم يشهد، فمن الجائز أن ينكر الصبي إذا بلغ فيقول للأب إنك أنفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي؛ لأن الظاهر أن الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه، وإن كان لولده مال، فكان الظاهر شاهداً للولد، فيبطل حق الأب، وإن كان المال غائباً، ينفق من مال نفسه بأمر القاضي إياه بالإنفاق ليرجعَ أو يَشْهَدَ على أنه ينفق من مال نفسه؛ ليرجع به في مال ولده؛ ليمكنه الرجوع؛ لما ذكرنا أن الظاهر أن الإنسان يتبرع بالإنفاق من مال نفسه على ولده، فإذا أمره القاضي بالإنفاق من ماله ليرجع أو أشهد على أنه ينفق ليرجع، فقد بطل الظاهر، وتبين أنه إنما أنفق من ماله على طريق القرض، وهو يملك إقراض ماله من الصبي فيمكنه الرجوع، وهذا في القضاء، فأما فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والإشهاد بعد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع؛ لأنه إذا نوى صار ذلك دَيْناً على الصغير، وهو يملك إثبات الدين عليه، لأنه يملك إقراض ماله منه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ عالم بنيته، فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ، والله ـ تعالى ـ أعلم.

والثاني: عجزه عن الكسب بأن كان به زمانة، أو قعد، أو فلج، أو عمى، أو جنون، أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما، أو مقطوع الرجلين، أو مفقود العينين؛ أو غير ذلك من العوارض التي تمنع الإنسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحاً مكتسباً لا يقضي له بالنفقة على غيره.

وإن كان معسراً إلا للأب خاصّة والجد عند عدمه، فإنه يقضي بنفقة الأب، وإن كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على ولده الموسر؛ وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا كان موسراً؛ وإنما كان كذلك لأن المنفق عليه إذا كان قادراً على الكسب، كان مستغنياً بكسبه، فكان غناه بكسبه كغناه بماله، فلا تجب نفقته على غيره إلا الولد، لأن الشرع نهى الولدَ عن إلحاق أدنى الأذى بالوالدين وهو التأفيف؛ بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَلاَ تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ [الإسراء:٢٣] ومعنى الأذى في إلزام الأب الكسب مع غنى الولد أكثر، فكان أولى بالنهي، ولم يوجد ذلك في الابن، ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه، ويحبس بدين أبيه، ولأن الشرع أضاف مال الابن إلى الأب بلام الملك، فكان ماله كماله؛ وكذا هو كسب كسبه، فكان ككسبه، فكانت نفقته فيه.

والثالث: أن الطلب والخصومة بين يدي القاضي في أحد نوعي النفقة، وهي نفقة غير الولاد، فلا تجب بدونه؛ لأنها لا تجب بدون قضاء القاضي، والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة.

وأما الذي يرجع إلى المنفق خاصة، فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم[١]،

---

(١) هذا الشرط متفق عليه في نفقة القريب بخلاف نفقة الزوجة، فقد مر اختلاف الفقهاء في وجوبها على المعسر.
والفرق بين نفقة الزوجة، ونفقة القريب، أن الأولى معاوضة، والثانية مواساة.
ثم في تفصيل هذا الشرط خلاف.
أ ـ فالشافعية: ذهبوا إلى أنه يشترط في المنفق ـ سواء كان أصلاً أم فرعاً ـ أن يكون موسراً بفاضل عن مؤنته، ومؤنة عياله في يومه وليلة، والمراد بالعيال زوجته وخادمها، وأم ولده، فإن لم يفضل شيء فلا وجوب؛ لخبر مسلم: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك» ا هـ.
وإنما قدمت نفقة الزوجة ومن في حكمها؛ لأنها لحاجة الإنسان نفسه، وحاجته مقدمة على حاجة أقاربه.
وإذا لم يكن له مال، لكن يمكن أن يكتسب ما يفضل عن ذلك لزمه الاكتساب لقريبة إن كان حلالاً لائقاً به قياساً على نفقة نفسه ولخبر: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول» رواه النسائي، ولأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال في تحريم الزكاة وغيره.
وقيل: لا يلزم الكسوب كسب النفقة كما لا يلزمه ذلك لوفاء الدين الذي لم يعص به.
ورد بأن الدين المذكور على التراخي، ويختلف قلة وكثرة، والنفقة فورية ويسيرة.
ب ـ والحنابلة: ذهبوا إلى أنه يشترط في المنفق، أن يكون له ما ينفق منه على أصله، أو فرعه، أو موردته =

....

= فاضلاً عن نفقة نفسه وزوجته، ورقيقة يومه وليلة، أما من ماله، وله ما من كسبه، فأما من لا يفضل عنه شيء، فليس عليه شيء؛ لما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن فضل فعلى عياله، فإن فضل فعلى قرابته».
ولما روى أبو هريرة: أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ: فقال: يا رسول الله، عندي دينا الخ» رواه أبو داود.
ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة.
جـ ـ والمالكية: اشترطوا اليسار بما فضل عنه وعن زوجاته ولو أربعاً بخلاف الخادم والدابة، فإن نفقة القريب تقدم عليهما ما لم يحتج إليهما.
وقالوا: لا يجب على الأب أو الابن أن يتكسب بصنعة أو غيرها، لينفق على ولده أو أبيه المعسر، ولو كان له صنعة.
د ـ الحنفية: قالوا: يشترط في إنفاق ذي الرحم المحرم من غير الأصول والفروع يسار المنفق، فلا نفقة على غير موسر، وإن كان قادراً على الكسب، لأن وجوبها من طريق الصلة، والصلات تجب على الأغنياء، لا الفقراء.
وأما إنفاق الأب على ولده فلا يشترط فيه اليسار على التعيين، بل يكفي قدرته على الكسب بما فيه فضل، لأن الإنفاق عليهم: حياذهم وأحياؤهم إحياء نفسه، لقيام الجزئية والعصبية، وإحياء نفسه واجب.
وأما إنفاق الابن على أبيه؛ فإن كان الأب قادراً على الكسب اشترط يسار الابن، وإن كان الأب عاجزاً عن الكسب لم يشترط يسار الابن، بل يكفي أن يكون قادراً على الكسب، فإن كان لكسبه فضل أجبر على الإنفاق، لأنه قادر على أحيائه من غير خلل يرجع إليه.
وإن لم يكن له فضل، فإن كان الابن وحده أمر بالانفاق ديانة، ولم يجبر لأنه يؤدي إلى ضعف الابن وعجزه عن الكسب. وفيه هلاكهما جميعاً، فإن كان له عيال أجبر على ضم الأب إليهم، لأنَّ إدخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بيناً، وقد علم سابقاً أن الأنوثة عجز حكماً، ومنه يؤخذ أن إنفاق البنت على أبويها شرطه يسارها، فلا يكفي قدرتها على الكسب، وإنفاق الابن على أمه، وإن قدرت على الكسب، لا يشترط فيه يساره، بل متى كان قادراً على الكسب وجب عليه الإنفاق عليها.
هذا وقد اختلفوا في حد اليسار على أقوال: ـ أوجهها ـ عند المتأخرين، أنه يقدر بما يفضل عن نفقة الإنسان وعياله شهراً، إن كان من أهل الغلة، وما يفضل عن نفقهم كل يوم، إن كان من أهل الحرف.
هـ ـ وابن حزم: شرط في المنفق أن يفضل منه بعد مؤنته شيء قل أو كثر، فيجبر حينئذ على الإنفاق على أصوله، وفروعه، وإخوته وأخواته، وزوجاته.
كل هؤلاء يتساوون فيما فضل، فإن فضل عنهم شيء أجبر على النفقة على ذوي رحمه المحرمة، وموروثيه.
واستدل على التسوية بين هؤلاء بقوله: «روينا من طريق أبي داود، أنبأنا محمد بن كثير، أخبرنا سفيان عن محمد بن عجلان عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: أمر رسول الله ﷺ بالصدقة: فقال رجل يا رسول الله، عندي دينار، فقال: تصدق به على نفسك، قال: عندي آخر؛ قال: تصدق به على ولدك، قال: عندي آخر؛ قال: تصدق به على زوجتك، قال: عندي آخر؛ قال: تصدق به على خادمك؛ قال: عندي آخر؛ قال: أنت أعلم ورويناهذا الخبر من طريق أحمد بن شعيب، أخبرنا عمر بن علي، أنبأنا محمد بن المثنى، قالا جميعاً: أنبأنا يحيى بن سعيد القطان عن ابن عجلان؛ قال: أنبأنا =

....

= سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: تصدقوا: فقال رجل: يا رسول الله عندي دينار؛ قال: تصدق به على نفسك؛ قال: عندي آخر؛ قال: تصدق به على زوجتك؛ قال: عندي آخر؛ قال: تصدق به على ولدك؛ قال: عندي آخر، قال: تصدق به على خادمك، قال: عندي آخر؛ قال: أنت أبصر».

قال أبو محمد: فاختلف سفيان ويحيى، فقدم سفيان الولد على الزوجة، وقدم القطان الزوجة على الولد، وكلاهما ثقة؛ فالواجب ألا يقدم الولد على الزوجة، ولا الزوجة على الولد، بل يكونا سواء؛ لأنه قد صح أن رسول الله ﷺ كان يكرر كلامه ثلاث مرات، فممكن أن يكرر فتياه عليه الصلاة والسلام - هٰهنا كذلك، فمرة قدم الولد، ومرة قدم الزوجة فصارا سواء مع قوله - عليه الصلاة والسلام - لهند بنت عتبة، إذا سألت إباحة مال أبي سفيان زوجها بغير علمه: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فقرن بينها وبين الولد سواء، ثم وجدنا ما رويناه من طريق أبي بكر بن أبي شيبة، حدثنا عبد الله بن نمير، أنبأنا يزيد بن زياد بن أبي الجعد أنبأنا أبو صخرة جامع بن شداد عن طارق بن عبد الله المحاربي، قال: «دخلت المدينة، فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول: «أيها الناس يد المعطي العليا، وابدأ بمن تعول أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك».

هذه أخبار صحاح من رواية الثقات، فأخبر - عليه الصلاة والسلام - آمراً بأن يبدأ بمن يعول، وهم الأبوان، والأخوة، فصح يقيناً أن هؤلاء مبدوء بهم مع الولد والزوجة، وقد بينا قبل أن كل جدة أم، وكل جد أب، وكل ابن ابنة، وابن ابن، وابنة ابن، وابنة ابنة كل ابن وابنة فصح نصاً ما قلنا» ا هـ.

ولم أجد في كلامه إشارة إلى من قدر على الكسب، ولم يكتسب بالفعل، أيكلف الكسب للإنفاق على هؤلاء أم لا؟

والذي يظهر للناظر في هذه المذاهب وجوب الإنفاق على من أيسر بفاضل مؤنته، ومؤنة زوجته، أو زوجاته، سواء أكان يساره بالمال، أم بالقدرة على الكسب الحلال اللائق به، وكالزوجة من يحتاج إليه من خادم أو بهيمة.

ولا يعتبر اليسار بما فضل عن نفقة يوم وليلة، إذ من الجائز أن يملك الإنسان خمسة دنانير في أول الشهر أجرة عن عمله في الشهر الماضي، ولن يظفر بعدها إلا بخمسة أخرى أول الشهر الذي يليه، فلو أوجبنا عليه في أول الشهر، أن ينفق ما فضل عن مؤنته ومؤنة زوجته يومه وليلة لأنفق ذلك، وصار في بقية الشهر فقيراً، وهذا إجحاف به.

ولا يعتبر بما فضل عن نفقة شهر، ولا يملك نصاب، ولا بنحو ذلك؛ لأنه قد يكتسب كل يوم ما يزيد عن حاجة، فترك الإنفاق حينئذ شهراً، أو أكثر فيه إجحاف بقريبه.

فالظاهر أن يعتبر بما فضل عن نفقته، بحيث لو أخذ منه لم يصر فقيراً وهذا يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم من يعتبر يساره بما فضل عن نفقة يوم، ومنهم غير ذلك.

ولا يعتبر اليسار بما فضل عن خادم الزوجة والرقيق ولو أم ولد خلافاً للشافعية والحنابلة؛ فإن الأقارب أفضل منهم، اللهم إلا إذا كان في حاجة إليهم، فإنهم يقدمون حينئذ، كما يقول المالكية؛ فإن حاجة النفس مقدمة على حاجة الأقارب.

ولا يجوز له ترك الكسب الحلال اللائق به - عند حاجتهم - مع القدرة عليه خلافاً للمالكية، حيث جوزوا =

فلا تجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقةٌ، وإن كان قادراً على الكسب؛ لأن [وجوب هذه النفقة من طريق] الصلة، والصلات تجب على الأغنياء لا على الفقراء، وإذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذي الرحم، فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة، روي عن أبي يوسف فيه أنه اعتبر [فيه] نصاب الزكاة.

فإن ابن سماعة، قال في نوادره: سمعتُ أبا يوسف قال: «لاَ أُجْبِرُ على نفقة ذي الرحم المحرم مَنْ لم يكن معه ما تجبُ فيه الزكاة» ولو كان معه مائتا درهم إلا درهماً، وليس له عيالَ ولهَ أخت محتاجة، لم أجبره على نفقتها، وإن كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهماً.

وروى هشام عن محمدٍ أنه قال: إذا كان له نفقة شهرٍ وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله، وأجبره على نفقة ذي الرحمِ المحرمِ، قال محمد: وأما مَنْ لا شيء له وهو يكتسبُ كُلَّ يوم درهماً يكتفي منه بأربعة دوانيَق؛ فإنه يَرفع لنفسه ولعياله ما يتسع به، وينفقُ فضله على من يجبر على نفقته، وجه رواية هشام عن محمد أن من كان عنده كفاية شهرٍ فما زاد عليها فهو غنى عنه في الحال، والشهر يتسع للاكتساب، فكان عليه صرف الزيادة إلى أقاربه.

= ذلك مطلقاً، وللحنفية، حيث جوزوه في بعض الصور، وإنما لم يجز مطلقاً: لأن فيه تضيع من يعول، وهو إثم بنص الحديث، ولا يسوي في النفقة بين الزوجة وغيرها، خلافاً لابن حزم؛ فإن نفقة الزوجة إنما هي لحاجة النفس، وحاجة النفس مقدمة على حاجة الغير؛ ولقوله ﷺ: «فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك».

وما استدل به ابن حزم على التسوية بين الزوجة والأصول، والفروع، والأخوة، والأخوات. (يرد عليه) أن الحديثين اللذين ذكرهما أولاً ينقضان ما ذهب إليه؛ فإن مقتضى التسوية ألا يقدم الولد على الزوجة تارة، ويؤخر عنها تارة أخرى، وألا يجعل الخادم بعدهما مباشرة، واستنتاجه التسوية من اختلاف الحديثين من التعسف بمكان، كما يظهر بأدنى تأمل، والظاهر أن أحد الراويين مخطىء؛ وهو من قدم الولد على الزوجة؛ لما تقرر من أن نفقة الزوجة من تمام حاجة النفس، وهي مقدمة على حاجة الغير.

وأما الحديث الثالث ـ وهو حديث هند، فلا تسوية فيه عند ضيق النفقة عن حاجة الزوجة والولد؛ لأنه ظاهر سؤالها، أن مال أبي سفيان متسع لنفقتهما جميعاً، فلا دلالة فيه.

وأما الحديث الرابع ـ وهو حديث «وابدأ بمن تعول، أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك» فلا دلالة فيه على مساواة هؤلاء للزوجة؛ لأنه لم يذكر فيه النفس، والنفس مقدمة إجماعاً، فليس المراد بالبدء فيه البدء الحقيقي، فيحتمل أن الزوجة مقدمة، لأنها من حاجات النفس.

وبهذا لم يتم لابن حزم دليل على مساواة الأقارب الذين ذكرهم للزوجة في الانفاق.

وتلخص ما قدمته من أنه يشترط اليسار بمال، أو كسب بما فضل عن مؤنة النفس والزوجة، وبما يحتاج إليه من خادم وبهيمة، وأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس في يسارهم. . .

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد النهاية ٦/ ٢٦٥، المبسوط: ٥/ ٢٢٤، المحلى ١٠/ ١٠٦.

وجه قول أبي يوسف: أن نفقة ذي الرحم صلة، والصلات إنما/ تجب على الأغنياء ١٤٧ب كالصدقة، وحد الغنى في الشريعة ما تجب في الزكاة، وما قاله محمد أوفق وهو أنه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جمعه[1] فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى أقاربه؛ كفضل ماله إذا كان له مال، ولا يعتبر النصاب؛ لأن النصاب إنما يعتبر في وجوب حقوق الله ـ تعالى ـ المالية، والنفقة حَقُّ العبد، فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها؛ وإنما يعتبر فيها إمكان الأداء.

ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذي الرحم المحرم منه نفقة فقال: أنا فقير وَادَّعَىٰ هو أنه غني [قادر][2] فالقولُ قولُ المطلوب؛ لأنَّ الأصل هو الفقر، والغنا عارِضٌ، فكان الظاهر شاهداً له، فمحمد يحتاج إلى الفرق بينه وبين نفقة الزوجات والفرق له أن الإقدام على النكاح دليلُ القدرة، فبطلت شهادة الظاهر.

وأما [في][3] قرابة الولاد، فينظر: إن كان المنفق هو الأب، فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه، بل قدرته على الكسب كافيةٌ حتى تجب عليه النفقة على أولاده الصغار والكبار، الذكور الزمنى الفقراء، والإناث الفقيرات، وإن كن صحيحات، وإن كان معسراً بعد أن كان قادراً على الكَسْبِ؛ لأن الإنفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب إحياؤهم، وإحياؤهم إحياءُ نفسه، لقيام الجزئية والعصبية[4]، وإحياءُ نفسه واجبٌ، ولو كان لهم جدٌّ موسرٌ، لم تفرض النفقة على الجد، ولكن يؤمر الجد بالإنفاق عليهم عند حاجتهم، ثم يرجع به على ابنه، لأن النفقة لا تجب على الجد مع وجود الأب إذا كان الأب قادراً على الكسب؛ ألاَ تَرَىٰ أنه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى.

وإن لم يكن الأب قادراً على الكسب بأن كَانَ زَمِناً، قضي بنفقتهم على الجدِّ؛ لأن عليه نفقة أبيهم؛ فكذا نفقتهم.

وروي عن أبي يوسف أنه قال في صغير له والدٌ محتاجٌ وهو زَمِنٌ، فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه، كلُّ من أجبرته على نفقة الأب أجبرته على نفقة الغلام إذا كان [الأب][5] زمناً؛ لأن الأب إذا كان زمناً كانت نفقته على قرابته؛ فكذا نفقة ولده لأنه جزؤه، قال: فإن لم يَكُنْ له قرابةٌ من قبل أبيه، قضيتُ بنفقته على ابنه، وأمرت الخالَ أن ينفق عليه، ويكون ذلك دَيْنَاً على الأب.

---

(١) في ط: جميعه.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.
(٤) في أ: البعضية.
(٥) سقط من ط.

ووجه الفرق بين قرابة الأب وقرابة الأم إن قرابة الأب تجب عليهم نفقة الأب إذا كان زمناً، فكذا نفقة ولده الصغير، فأما قرابة الأم فلا يجب عليهم نفقة الأب ولا نفقة الولد؛ لأن الأب لا يشاركه أحدٌ في نفقة ولده.

وإن كان المنفق هو الابنُ وهو معسر مكتسب يُنظر في كسبه، فإن كان فيه فضل عن قوته يجبر على الإنفاق على الأب من الفضل، لأنه قادرٌ على إحيائه من غير خللٍ يرجع إليه، وإن كان لا يفضل من كسبه شيء يؤمر فيما بينه وبين الله ـ عزَّ وجلَّ ـ أن يواسيَ أباه إذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعاً جائعاً يتكفف الناس وله كسبٌ، وهل يجبر على أن ينفق عليه وتفرض عليه النفقة إذا طلب الأب الفرض، أو يدخل عليه في النفقة إذا طلب الأب ذلك؟

قال عامةُ الفقهاء: إنه لا يجبر على ذلك.

وقال بعضهُم: يجبر عليه، واحتجُّوا بما رُوِيَ عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: لَوْ أَصَابَتِ[1] النَّاسَ السَّنَةُ، لأدخلت على أهلِ كل بيت مثلهم، فإن الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم.

وقال النبيُّ ﷺ: «**طَعَامُ الوَاحِدِ يَكْفِي الاثْنَيْنِ**»[2].

وجه قول العامة أن الجبر على الإنفاق والإشراك في نفقة الولد المعسر يؤدي إلى إعجازه عن الكسب، لأن الكسب لا يقوم إلا بكمال القوة، وكمال القوة بكمال الغذاء، فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعاً.

---

(١) في ط: أصاب.

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٦٣٠) كتاب الأشربة: باب فضيلة المواساة في الطعام القليل، حديث (١٨١/٢٠٥٨) والترمذي (٤/٢٣٦) كتاب الأطعمة: باب ما جاء في طعام الواحد يكفي لاثنين حديث (١٨٢١) وأحمد (٣/ ٣١٥) وأبو يعلى (٣/ ٤١٦) رقم (١٩٠٢) كلهم من طريق الأعمش عن أبي سفيان عن جابر.

وأخرجه مسلم (٣/ ١٦٣٠) كتاب الأشربة: باب فضيلة المواساة في الطعام القليل، حديث (١٧٩/ ٢٠٥٩) وابن ماجه (٢/ ١٠٨٤) كتاب الأطعمة: باب طعام الواحد يكفي الاثنين حديث (٣٢٥٤) والدارمي (٢/ ١٠٠) كتاب الأطعمة: باب طعام الواحد يكفي الاثنين. وأحمد (٣/ ٣٨٢) والبغوي في «شرح السنة» (٦/ ٩٣ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر.

وأخرجه مسلم (٢٠٥٩) وأحمد (٣/ ٣٠١) من طريق الأعمش عن أبي الزبير عن جابر.

ـ أما حديث عمر

أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٨٤) كتاب الأطعمة: باب طعام الواحد يكفي الاثنين حديث (٣٢٥٥) من طريق قهرمان آل الزبير قال: سمعت سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن جده عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ: إن طعام الواحد يكفي الاثنين وإن طعام الاثنين يكفي الثلاثة والأربعة وإن طعام الأربعة يكفي الخمسة والستة.

قال البوصيري في الزوائد ـ (٣/ ٧١): هذا إسناد ضعيف لضعف قهرمان آل الزبير عمرو بن دينار فقد ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والفلاس والبخاري والترمذي والنسائي وغيرهم.

وذكر في الكتاب: أرأيت لو كان الابن يأكلُ من طعام رجلٍ غني يعطيه كلَّ يوم رغيفاً أو رغيفين، أيؤمر الابن أن يعطي أحدهما أباه؟ قال: لا يؤمر به، ولو قال الأب للقاضي إن ابني هذا يقدر على أن يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق عليّ لكنه يدع الكسب عمداً يقصد بذلك عقوقي، ينظر القاضي في ذلك فإن كان الأب صادقاً في مقالته، أمر الابن بأن يكتسب فينفق على أبيه، وإن لم يكن صادقاً بأن علم أنه غيرُ قادرٍ على اكتساب زيادة، تركه، هذا إذا كان الولد واحداً، فإن كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شيءٌ ينفق على أبيه، فطلب الأب من القاضي أن يدخله في النفقة على عياله، يدخله القاضي هٰهنا؛ لأن إدخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللاً بيناً؛ بخلاف إدخال الواحد على الواحد، هذا إذا لم يكن الأب عاجزاً عن/ الكسب، فأما إذا كان عاجزاً عنه بأن كان زمناً يشاركُ الابن في قوتِهِ ١٤٨أ ويدخل عليه فيأكل معه، وإن لم يكن له عيال؛ لأنه ليس في المشاركة خوفُ الهلاك، وفي ترك المشاركة خوف هلاك الأب، فتجب المشاركة.

وكذلك الأم إذا كانت فقيرة، تدخل على ابنها فتأكل معه، لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فنوعان:

أحدهما: اتحاد الدين في غير قرابة الولادِ منَ الرحمِ المحرم، فلا تجري النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة[1]، فأما في قرابة الولاد، فاتحاد الدين فيها ليس بشرط، فيجب

---

(١) **نفقة الأصول والفروع**:

قال الجمهور: لا يشترط فيها اتحاد الدين، وللحنابلة فيها ثلاث روايات:

إحداها: يشترط مطلقاً وهي المشهورة.

الثانية: لا يشترط مطلقاً.

الثالثة: يشترط إلا في إلحاق القافة.

وجه قول الجمهور أن نفقة الأصول والفروع، إنما وجبت للبعضية، وهي لا تختلف باختلاف الدين، وقد قال الله تعالى، في حق الوالدين الكافرين: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾.

ووجه القول بالاشتراط مطلقاً، أن هذه النفقة وجبت للمواساة ولا مواساة مع اختلاف الدين، ووجبت للإرث، ولا إرث مع اختلاف الدين.

ويرد عليه أن مواساة الوالدين مع اختلاف الدين واجبة: للآية السابقة، ويلحق بهما الأولاد بجامع البعضية، والإرث لم يعتبر في نفقة الأصول والفروع، بدليل أن الحنابلة أنفسهم ـ على القول الراجح عندهم ـ لا يشترطون في نفقة الأصول والفروع الإرث.

نفقة ذوي الأرحام المحارم غير الأصول والفروع:

قال بها الحنفية، وابن حزم الظاهري كما سبق، وقد اشترط الحنفية فيها اتفاق الدين، ولم يشترطه ابن حزم. =

على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة، ويجب على الذمي نفقة أولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الإسلام بإسلام أُمِّهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكر.

ووجه الفرق من وجهين **أحدهما**: أن وجوب هذه النفقة على طريق الصلة، ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين، وتجب صلةُ رحم الوالدين مع اختلاف الدين، بدليل أنه يجوز للمسلم أن يبتدئَ بقتل أخيه الحربي، ولا يجوز له أن يبتدىء بقتل أبيه الحربي، وقد قال ـ سبحانه ـ في الوالدين الكافرين: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾ [لقمان: ١٥] ولم يرد مثله في غير الوالدين.

والثاني: أن وجوب النفقة في قرابة الولاد بحقِّ الولادة، لما ذكرنا أن الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد، وذا لا يختلف باختلاف الدين، فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب في غيرها من الرحم المحرمِ بحقِّ الوراثة، ولا وراثة عند اختلاف الدين، فلا نفقة.

ولو كان للمسلم ابنان؛ أحدُهما مسلمٌ والآخر ذميٌّ، فنفقته عليهما على السواء؛ لما ذكرنا أن نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدِّين.

والثاني: اتحاد الدار في غير قرابة الولادة من الرحم المحرم، فلا تجرى النفقة بين الذمي الذي في دار الإسلام وبين الحربي في دارِ الحربِ؛ لاختلاف الدَّارَيْنِ[1]، ولا بين الذمي

= وجه قول الحنفية: أن نفقة ذوي الأرحام المحارم من غير الأصول والفروع، إنما وجبت للصلة، وصلة غير الأصول والفروع لا تجب مع اختلاف الدين.

وجه قول ابن حزم: إطلاق النصوص، حيث لم تفرق بين مسلم وكافر.

أقول: مستند الحنفية في وجوب الإنفاق على ذي الرحم المحرم قوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ حيث قالوا: المراد به ذو الرحم المحرم الذي فيه أهلية الإرث فاشتراط اتحاد الدين عندهم ظاهر؛ لأن المخالف في الدين، ليس فيه أهلية الإرث.

ومستند ابن حزم في وجوب الإنفاق على ذي الرحم المحرم آية: ﴿وآت ذا القربى حقه﴾، وأحاديث الإنفاق على الأخت والأخ والقريب، فعدم اشتراط اتحاد الدين عنده بناء على هذا ظاهر أيضاً.

وقد قررت فيما مضى أن الاستناد إلى كل من هذه الأسانيد في إيجاب نفقة ذي الرحم المحرم، ولو لم يكن موروثاً، غير ظاهر، فتدبر.

نفقة الموروث من غير الأصول والفروع:

قال بها الحنابلة، وابن حزم: واشترطوا فيها اتحاد الدين؛ لأنه لا إرث مع اختلافه، وهذا ظاهر.

وفي رواية عند الحنابلة استثناء المولى، وهو العتيق بناء على أن المعتق يرث عتيقه مع اختلاف الدين.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، زاد المعاد ٢/ ٣٥٨، كشاف القناع ٣/ ٣١٤.

(١) اشترط الحنفية في الإنفاق على ذي الرحم المحرم من غير الأصول والفروع. اتحاد الدارين، إن كان =

و[الحربي][1] المستأمن في دار الإسلام؛ لأن الحربي وإن كان مستأمناً في دار الإسلام فهو من أهل الحرب، وإنما دخل دار الإسلام لحوائج يقضيها ثم يعود؛ ألا ترى أن الإمام يُمَكِّنُهُ من الرجوع إلى دار الحرب ولا يمكنه من إطالة الإقامة في دار الإسلام فاختلفت[2] الداران؛ وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن في دار الإسلام وبين الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا؛ لاختلاف الدارين، وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد.

والفرق بينهما من وجهين: **أحدهما** أنَّ وجوبَ هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة[3]، ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين، وتجب في قرابة الولاد.

والثاني: أن الوجوب هٰهنا بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين، والوجوب هناك بحق الولادة وإنه لا يختلف.

وأما الذي يرجع إلى غيرهما فقضاء القاضي في أحد نوعي النفقة، وهي نفقة غير الولاد من الرحم المحرم، فَلاَ تَجِبُ هذه النفقة من غير قضاء القاضي، ولا يشترط ذلك في نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاءٍ؛ كما تجب نفقة الزَّوْجَات.

ووجه الفرق أن نفقة الولاد تجب بطريق الإحياء؛ لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه، ويجب على الإنسان إحياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه، ولا يقف وجوبه على قضاء القاضي[4]، فأما نفقة سائر ذي الرحم المحرم، فليس

= المنفق والمنفق عليه كافرين؛ فلا تجب النفقة بين الذمي الذي في دار الإسلام. وبين الحربي في دار الحرب، لاختلاف الدارين، ولا بين الذمي والحربي المستأمن في دار الإسلام؛ لأن الحربي وإن كان مستأمناً في دار الإسلام فهو من أهل الحرب، وإنما دخل دار الإسلام لحوائج يقضيها ثم يعود.

وهذا ليس بشرط في قرابة الأصول والفروع، والفرق بينهما من وجهين: **أحدهما**: أن وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة، ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين، وتجب في قرابة الولاد.

والثاني: أن الوجوب هنا بحق الوراثة، ولا وراثة عند اختلاف الدارين، والوجوب هناك بحق الولادة، وإنه لا يختلف.

أقول: مقتضى كلام ابن حزم في الشرط السابق أنه لا يشترط عنده اتحاد الدار؛ لأنه لم يشترط أهلية الإرث في ذوي الأرحام المحارم، حيث لم يستند في وجوب نفقتهم إلى قوله ـ عز وجل ـ: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد.

(١) سقط في أ.

(٢) في ط: فاختلف.

(٣) في أ: بحق الصلة.

(٤) قال ابن عابدين ـ بعد نقل الشرط المذكور ـ ما نصه: واعترض: بأن القاضي، غير مشرع، بل الوجوب =

وجوبها من طريق الإحياء؛ لانعدام معنى الجزئية، وإنما تجب صلة محضة، فجاز أن يقف وجوبها على قضاء القاضي، وبخلاف نفقة الزوجات؛ لأن لها شبهاً بالأعواض، فمن حيث هي صلة لم تصر ديناً من غير قضاء ورضاً، ومن حيث هي عوض تجب من غير قضاء؛ عملاً بالشبهين.

وعلى هذا يخرج ما إذا كان الرجل غائباً وله مال حاضر؛ أن القاضي لا يأمر أحداً بالنفقة من ماله إلا الأبوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار، الذكور والإناث، والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والإناث الفقيرات والزوجة؛ لأنه لا حق لأحد في ماله إلاَّ لهؤلاء.

ألاَ ترى أنه ليس لغيرهم أن يمد يده إلى ماله فيأخذه، وإن كان فقيراً محتاجاً، ولهم ذلك؛ فكان الأمرُ من القاضي بالإنفاق من ماله لغيرهم قضاءً على الغائب من خصم غير حاضر، ولا يكون لهم قضاء بل يكون إعانةً، ثم إن كل المال حاضراً عند هؤلاء وكان النسب معروفاً، أو علم القاضي بذلك ـ أمرهم بالنفقة منه؛ لأن نفقتهم واجبة من غير قضاء/ القاضي، ٢/١٤٩أ فكان الأمر من القاضي بالإنفاق إعانة لا قضاءً، وإن لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم أن يثبت ذلك عند القاضي بالبينة، لا تسمع منه البيِّنة؛ لأنه يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر.

وكذلك إن كان له[١] وديعة عند إنسان وهو مقر بها، أمرهم القاضي بالإنفاق منها؛ وكذا إذا كان له دَيْنٌ على إنسان وهو مقرٌّ به لما قلنا.

ولو دفع صاحب اليد أو المديون إليهم بغير إذن القاضي يضمن، وإذا دفع[٢] بإذنه لا

= ثابت بقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾. وأجيب: بأن نفقة القريب المحرم فيها اختلاف المجتهدين بخلاف الزوجة والولاد. واعترض: بأن الخلافيات يعمل فيها بدون القضاء، وأجيب: بأنه إذا قوى قول المخالف. روى خلافه، واستعين بالحكم كالرجوع في الهبة، وخيار البلوغ، وأجيب أيضاً: بأن الوجوب ثابت قبل الحكم، وإنما يتوقف عليه وجوب الأداء، فقد يجيب الشيء، ولا يجب أداؤه، كدين على معسر، واعترض: بأنه لو ثبت الوجوب لجاز أخذ القريب بما ظفر جنس حقه، وأجيب: يمنع اللزوم، لوقوع الشبهة بالاختلاف في باب الحرمة، فنزلت منزلة اليقين خصوصاً في الأموال، وبالقضاء ترفع الشبهة. وله نظائر كثيرة اهـ.

أقول: إن كانت الآية دالة على الوجوب ظناً، لم يتوقف الوجوب، ولا وجوب الأداء، على حكم القاضي.

وإن لم تدل عليه ظناً، فالقضاء بها باطل؛ فلا يقلب غير الواجب واجباً.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد.

(١) في ط: ماله.

(٢) في ط: وقع.

يضمن، واستوثق القاضي منهم كفيلاً إن شاء؛ وكذا لا يأمر الجد وولد الولد حال وجود الأب والولد؛ لأنهما حال[1] وجودهما بمنزلة ذوي الأرحام، ويأمرهما حال عدمهما؛ لأن الجد يقوم مقام الأب حال عدمه، وولد الولد يقوم مقام الولد(حال) عدمه، وإن كان صاحب اليد أو المديون منكراً، فأرادوا أن يقيموا البينة ـ لم يلتفت القاضي إلى ذلك لما ذكرنا، فإن أنفق الأب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للأب: كنت موسراً، وقال الأب: كنت معسراً، يُنظر إلى حال الأب وقت الخصومة، فإن كان معسراً، فالقولُ قولهُ، وإن كان موسراً، فالقولُ قولُ الابن؛ لأن الظاهر استمرار حال اليسار والإعسار، والتغير خلاف الظاهر [فيحكم الحال][2] وصار هذا كالآجر مع المستأجر إذا اختلفا في جريانِ الماء وانقطاعه، أنه بحكم الحال؛ لما قلنا كذا هذا.

فإن أقاما البينة، فالبينةُ بينةُ الابن؛ لأنها تثبت أمراً زائداً وهو الغنا، هذا إذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة[3]، فإن كان من غير جنسها، فالقاضي لا يبيع على الغائب العقارِ لأجل القضاء بالإنفاق؛ وكذا الأب إلا إذا كان الولد صغيراً فليبع العقار.

وأما العروض فهل يبيعها القاضي؟ فالأمر فيه على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف، وهل يبيعها الأب؟

قال أبو حنيفة: يبيع مقدار ما يحتاج إليه لا الزيادة على ذلك، وهو استحسان، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبيع ولا خلاف أن الأم تبيع مال ولدها الصغير والكبير، وكذا الأولاد لا يبيعون مال الأبوين.

وجه قولهما وهو القياس: أن لا ولاية للأب على الولد الكبير، فكان هو وغيره من الأقارب سواء، ولهذا لا يبيع العقار؛ وكذا العروض.

ولأبي حنيفة أن في بيع العروض نظراً للولد الغائب؛ لأن العروض مما يخاف عليه الهلاك، فكان بيعها من باب الحفظ، والأب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك، بخلاف العقار فإنه محفوظ بنفسه، فلا حاجة إلى حفظه بالبيع، فيبقى بيعه تصرفاً على الولد الكبير، فلا يملكه، ولأن الشرع أضاف مال الولد إلى الوالد وسماه كسباً له، فإن لم يظهر ذلك في حقيقة الملك، فلا أقل من أن يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة.

(١) في أ: عند.
(٢) في أ: فيجعل حكماً فيحكم فصار.
(٣) في أ: ونحوها.

=

فصل في مقدار الواجب من هذه النفقة

وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة، فنفقة الأقارب مقدرةٌ بالكفاية بلا خلافٍ؛ لأنها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة، وكلُّ مَنْ وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعاً، لأن وجوبها للكفاية، والكفايةُ تتعلق بهذه الأشياء، فإن كان للمنفق عليه خادم يحتاج إلى خدمته تفرض له أيضاً؛ لأن ذلك من جملة الكفاية.

فصل في كيفية الوجوب

وأما بيان كيفية وجوبها، فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير ديناً في الذمة أصلاً، سواء فرضها القاضي أو لا، بخلاف نفقة الزوجات، فإنها تصير دَيْناً في الذمة بفرض القاضي أو بالتراضي، حتى ولو فرض القاضي للقريب نفقة شهر فمضي الشهر ولم يأخذ، ليس له أن يطالبه بها، بل تسقط، وفي نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض، وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما في نفقة الزوجات[١]، فيقع الفرق بين النفقتين في أشياء:

---

(١) من تصفح كتب الفقه على المذاهب الأربعة، وجدها متفقة على أن نفقة القريب، لا تصير ديناً بمضي الزمان إلا في صور.

بيد أن في تفصيل هذه الصور خلافاً، وهاك البيان:

أ ـ قال الشافعية: تسقط نفقة القريب، إذا لم يصرفها إليه من وجبت عليه، فلا تصير ديناً بفواتها بمضي الزمان؛ وإن كان متعدياً بالامتناع؛ لأنها وجبت لدفع الحاجة الناجزة مواساة وقد زالت، بخلاف نفقة الزوجة، فإنها معاوضة، ويستثنى من ذلك ست صور.

الأولى: أن يأذن لإنسان فيصرفها لقريبه المحتاج، فبالصرف تصير ديناً عليه، فإن من أدى ما لزم غيره بإذنه كان مقرضاً له ما أداه، فصار ديناً في ذمته.

الثانية: أن يفرضها عليه قاض عند غيبته، أو امتناعه بعد ثبوت غناه، وحاجة طالب النفقة، ويأذن لإنسان، فيصرفها له فيصير بالصرف مقرضاً لمن وجبت عليه؛ لأن للقاضي ولاية عامة، فإذنه بالإنفاق كإذن من وجب عليه الإنفاق.

الثالثة: أن يقرضها عليه القاضي أو مأذونه عند غيبته أو امتناعه، ولو كان المأذون هو المستحق للنفقة، فإذا حصل الاقتراض صارت ديناً عليه؛ لأن المقترض حينئذ نائب عنه.

الرابعة: أن يقترضها عليه المحتاج، ويشهد على ذلك عند فقد القاضي، أو توقف إذنه، أو اقتراضه على دفع مال إليه، وكاقتراض المحتاج، ما لو اقترضت الأم لطفلها على أبيه، وأشهدت أو أنفقت من مالها مع قصد الرجوع، وأشهدت؛ وذلك أن الاقتراض، أو الأقراض بنية الرجوع مع الإشهاد، يقوم مقام إذن القاضي عند فقده، أو طلبه المال، وقال ابن الرفعة: «يكفي قصد الرجوع مع الإشهاد، ولو مع وجود القاضي»، وتبعه البلقيني وغيره، وضعفه ابن حجر.

الخامسة: أن تنفق الأم مثلاً على الولد المنفي: باللعان، ثم يستحقه أبوه، فيصير ما أنفقته دينا، ترجع به عليه؛ لأن مزيد تقصيره بالنفي الذي بان بطلانه برجوعه عنه، أوجب عقوبته بإيجاب ما فوته به. =

....

= **السادسة**: نفقة الحمل في البائن، ونحوها، إذا جرينا على القول بأن النفقة للحمل، وهو قول ضعيف كما تقدم تصير ديناً، ولا تسقط بمضي الزمان؛ لأن الحامل، هي التي تنتفع بها فتلحق بنفقة الزوجة.

وأما إذا جرينا على الراجح من كون النفقة للحامل، فإن عدم سقوطها بمضي الزمان؛ لكونها معارضة عن الحبس؛ لاشتغال الرحم كنفقة الزوجة.

هذا ملخص ما في التحفة والنهاية، وغيرهما.

وظاهر كلام الشيخين أن فرض القاضي، يكفي في جعلها ديناً، ورد ذلك جمع من المتأخرين، عقلاً، ونقلاً، وتأوله بعضهم بأن المراد به تقدير القاضي مع إذنه لشخص في الإنفاق، ثم ينفق فلا تصير ديناً، بمجرد الفرض، ولا الأذن، بل بحصول الإنفاق وهي الصورة الثانية التي ذكرتها آنفاً.

والفرق بينها، وبين ما بعدها، أن إحداهما إذن بالإقراض والأخرى اقتراض، أو إذن بالاقتراض.

ب ـ وقال الحنابلة: من ترك الإنفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه إلا في أربع صور:

الأولى: أن يقرضها الحاكم؛ لأنها تتأكد بفرضه كنفقة الزوجة وهذه الصورة نفاها بعضهم؛ فقال: إن الفرض لا يؤثر.

والثانية: أن يستدين المحتاج عليه بإذن الحاكم.

الثالثة: أن يغيب زوجها فتسدين لها، ولأولادها الصغار أو المجانين، أو العاجزين عن الكسب، فترجع بما استدانت.

الرابعة: أن يمتنع من وجبت عليه النفقة من الإنفاق بعد طلبه، فينفق غيره بنية الرجوع؛ لأنه قام عنه بواجب كقضاء دينه.

جـ ـ وقال الحنفية: إذا لم يقض بنفقة القريب، لم تصر ديناً إلا إذا أمره من وجبت عليه بالاستدانة عليه، فاستدان، فإنها حينئذ تصير ديناً، فلا تسقط إلا بالأداء، أو الإبراء.

وإذا قضى بها لم تصر ديناً، بل تسقط بمضي الزمان إلا في صور:

الأولى: أن يمضي على القضاء بها أقل من شهر، فلا تسقط؛ لأنها لو لم تصر ديناً في هذه المدة القصيرة، لم يكن للأمر بالقضاء، بالنفقة فائدة، ولو كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شيء.

الثانية: أن يستدين من تجب له النفقة بإذن القاضي، فلا يسقط ما استدانه، ولو بمضي زمن طويل.

الثالثة: أن يأمر القاضي الأم مثلاً بالإنفاق على الولد لغيبة أبيه، أو بالاقتراض عليه، فإذا أمرها بالإنفاق، فاقترضت صار المقترض ديناً في ذمتها هي؛ لعدم أمر القاضي به، فإذا انفقته بعد ذلك على الولد صار ديناً في ذمة الأب؛ لأمر القاضي به، كما لو انفقت من مالها بلا اقتراض، فترجع عليه، وإذا أمرها بالاقتراض فانفقت من مالها، لم تصر ديناً؛ لأنها لم تفعل ما أمرها به، فصارت متبرعة.

الرابعة: أن تكون النفقة المقضي بها نفقة صغير، فلا تسقط بمضي الزمان، وفي هذه الأخيرة نزاع.

ء ـ وقال المالكية: تسقط نفقة القرابة عند عدم الأداء بمضي الزمان إلا في مسألتين:

الأولى: أن تجب نفقة القريب ولداً، أو أباً، أو أماً، لقضية بأن يقول الحاكم: فرضت، أو قدرت. فإن فرضه إياها كالحكم بها فتصير به كالدين، فلا تسقط.

الثانية: أن ينفق على الولد خاصة شخص غير متبرع، فتصير ديناً على أبيه الموسر، فيرجع عليه، وإن لم يعلم بوجوده، ولا بيساره، بشرط أن يحلف أنه أنفق ليرجع. =

....

= والفرق بين نفقة الولد، ونفقة الوالدين، أن نفقتهما كانت ساقطة، وطرأت، بخلاف نفقة الولد، فإنها لازمة من الأصل، كذا يؤخذ من العددي.
ولا شك أن نفقة الأقارب، وجبت لسد الحاجة، ودفع الخلة فإذا مضى عليها زمان من غير تأديتها، سقطت.
هذا هو الأصل فيها، ولم أر أحداً خالف فيه، بل حكى ابن القسم الإجماع عليه. فيما عدا نفقة الصغير، فإن بعض الشافعية، قال بعدم سقوطها.
ولم أر ذلك فيما راجعة من كتب الشافعية، وإنما قال به، بعض الحنفية، بشرط قضاء القاضي، كما تقدم.
وقد استثنى أهل كل مذهب صوراً لا تسقط فيها نفقة القريب، ومن تأملها تبين له وجه استثنائها إلا ما يأتي:
(أ) ـ ما قاله بعض الشافعية، والحنابلة، والمالكية: من أن قضاء القاضي بنفقة القريب، وإن لم يأذن بإدانة، أو استدانة يصيرها ديناً ثابتاً.
وما قاله بعض الحنفية: من أنه يصير نفقة الصغير دون غيره ديناً ثابتاً.
وما قاله بعض الحنفية وارتضوه: من أن يصير نفقة القريب مطلقاً ديناً موقتاً يسقط بمضي شهر ولا يسقط قبله.
فهذه الأقوال كلها فيها نظر.
قال ابن القيم ما خلاصة: إن القاضي الذي يقضي بالنفقة إما أن يعتقد سقوطها بمضي الزمان، أو ثبوتها.
فإن كان يعتقد سقوطها لم يسغ له الحكم بخلافه، وإلزام ما يعتقد أنه غير لازم.
وإن كان يعتقد ثبوتها، مع أنه خلاف الإجماع، ولا يعرف به قائل، فإما أن يعني بالفرض الإيجاب، أو إثبات، الواجب، أو تقديره أو أمراً رابعاً.
فإن أراد به الإيجاب، فهو تحصيل الحاصل، ولا أثر لفرضه. وكذا إن أراد به إثبات الواجب، ففرضه وعدمه سيان، وإن أراد به تقديره فالتقدير، إنما يؤثر في صفة الواجب من الزيادة والنقصان لا في سقوطه، ولا ثبوته، فلا أثر لفرضه في الواجب البتة، وإن أراد أمراً رابعاً، فلا بد من بيانه لينظر فيه.
فإن قيل: بقي قسم ثالث ـ هو أن يعتقد الحاكم السقوط بمضي الزمان، ما لم يفرض، فإن فرضت استقرت، فهو يحكم باستقرارها لأجل الفرض، لا بنفس مضي الزمان.
قيل: هذا لا يجدي شيئاً، فإنه إذا اعتقد سقوطها بمضي الزمان، وأن هذا هو الحق والشرع، لم يجز له أن يلزم بما يعتقد سقوط، وعدم ثبوته.
وبهذا ظهر أنه لا وجه لكون القضاء يصيِّر النفقة ديناً ثابتاً، أو مؤقتاً، سواء أكان من تجب له النفقة صغيراً، أم كبيراً.
ب ـ ما قاله الشافعية: من أن الاقتراض، أو الإقراض على الممتنع، أو الغائب لا يكفي وحده؛ بل إن وجه القاضي، وكان لا يطلب مالاً، فلا بد من إذنه. وإن فقد، أو كان يطلب مالاً، فلا بد من الإشهاد ـ ففيه نظر. فإن النفقة تجب للقريب يوماً بيوم، فإذا امتنع أو غاب، فاقترض المحتاج أو وليه ناوياً الرجوع، أو أقرض إنسان ناوياً الرجوع، كان ذلك أداءً لما وجب على الغير، مع تقصيره بالامتناع أو الغيبة، فكان ينبغي أن يكون ذلك كافياً في صيرورتها ديناً عليه، فيما بينه وبين الله تعالى.

ومنها: ما وصفناه آنفاً أن نفقة الزوجة[1] تصير دَيْناً بالقضاء أو بالرضا، ونفقة الأقارب لا تصير ديناً أصلاً ورأساً.

ومنها: أن نفقة الأقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر، ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للمعسرة والموسرة.

ومنها: أن نفقة الأقارب أو كسوتهم إذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى، وفي نفقة الزوجات لا تجب.

ومنها: أن نفقة الأقارب أو كسوتهم إذا تعينت بعد مضي المدة لا تجب أخرى، وفي نفقة الزوجات تجب، وقد مَرَّ الفرق بين هذه الجملة في فصل «نفقة الزوجات».

ومنها: أنه إذا عجل نفقة مدة في الأقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيئاً منها بلا خلافٍ، وفي / نفقة الزوجات خلاف محمد، ويحبس في نفقة الأقارب كما ٢/ ١٤٩ب

= لكن القاضي لا يقضي بها إلا بالبينة، لجواز أن تكون الكفاية حصلت بصدقه أو سؤال، أو يكون من وجبت عليه حاضراً، غير ممتنع، فالنية، وإذن القاضي، لا دخل لهما في صيرورتها ديناً في الذمة باطناً، ولذا أطلق الحنابلة أن استدانة الأم لأولادها عند غيبة زوجها يكفي في الدينية، وكذا إنفاق شخص على المحتاج بنية الرجوع على الممتنع، ولم يقيدوا المسألتين بإشهاد ولا إذن قاضي.

ولعل ابن الرفعة ـ حينما أطلق أن الإقراض، والاقتراض بنية الرجوع مع الإشهاد. يكفيان، ولو مع وجود القاضي ـ إنما أراد أن يكون الإشهاد شرطاً لقضاء القاضي بالدينية، لا لأجل الدينية، وكذا ما قاله المالكية، من أن اتفاق شخص على الولد بنية الرجوع على أبيه، يكفي إذا حلف. فتقييدهم بالحلف يظهر أنه لحكم القاضي بها، لا لأصل الدَّيْنِيَّة؛ فإن الأب إذا صدَّق المنفق فأيُّ حاجةً إلى الخلف؟

حـ ـ تفصيل المالكية بين الولد والوالدين؛ حيث قالوا: من أنفق على الولد؛ بقصد الرجوع على أبيه ـ صارت دَيْناً عليه، ومن أنفق على الأب أو الأم؛ بقصد الرجوع على الولد ـ لم تَصِرْ دَيْناً عليه؛ ففيه نظر؛ إذ لا دليل عليه، وتوجيهه بأن نفقة الوالدين طارئة، ونفقة الولد أصلية؛ توجيه ضعيف؛ فإن الولد قد يولد غنيًا أوصى له به، ويكون الوالدان فقيرين من حين ولادته، وأضاً الطرؤ، والأصالة، لا دخل لهما في الدينية؛ كما لا يخفى.

وبهذا أظهر أنها لا تصير ديناً ثابتاً، لا يسقط بالأداء، أو الإبراء، إلا في صورة واحدة؛ وهي: إدانة المحتاج، أو وليه، أو استدانتهما بنية الرجوع، على من وجبت عليه عند إذنه، أو تقصيره بامتناع، أو غيبة، أو ينفي الولد، سواء أكانت تلك الإدانة، أو الاستدانة بإذن القاضي، أم لا، وسواء أكانت بإشهاد، أم لا.

لكن لا يقضي القاضي بها إلا إذا ثبت له بالبينة، أو تصديق المدعى عليه أن الأخذ يستحق النفقة عليه؛ لتوفر شرط الاستحقاق، وثبت له حصول الإدانة، أو الاستدانة، وكونهما بنية الرجوع.

ينظر: النفقات لشيخنا محمد سالم أحمد، مغني المحتاج ٣/ ٤٤٩، التحفة ٨/ ٣٤٩.

(١) في ط: المرأة.

ولا يحبس في سائر ديونه؛ لأن إيذاء الأب حرامٌ في الأصل، وفي الحبس إيذاؤه إلاَّ أن في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد، إذ لو لم ينفق عليه لهلك، فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه، فدفع قصده بالحبس، ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة، وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون، ولأن هٰهنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق، أعني: النفقة؛ لأنها تسقط بمعنى الزمان فتقع الحاجة إلى الاستدراك بالحبس؛ لأن الحبس يحمله على الأداء فيحصل الاستدراك، ولو لم يحبس يفوت حقه رأساً، فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق؛ صيانةً له عن الفوات، وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون؛ لأنها لا تفوت بمضي الزمان، فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس؛ ولهذا قال أصحابنا: أن الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس، بخلاف الممتنع من سائر الحقوق؛ لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس، لأنه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب، بخلاف سائر الحقوق؛ وكذلك الجد أب الأب وإن علا؛ لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه.

فصل في المسقط لها بعد الوجوب

وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب، فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غيرِ قبض ولا استدانةٍ حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب، فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة، سقطت النفقة لما ذكرنا أن هذه النفقة تجب صلةً محضةً، فلا يتأكد وجوبها إلاَّ بالقبض أو ما يقوم مقامه، والله أعلم.

فصل في نفقة الرقيق

وأما نفقة الرقيق فالكلام في هذا الفصل في مواضع: في بيان وجوب هذه النفقة، وفي بيان سبب وجوبها، وفي بيان شرط الوجوب، وفي بيان مقدار الواجب، وفي بيان كيفية الوجوب.

أما الأول فوجوبها ثابتٌ بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فقولهُ ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء:٣٦] معطوفاً على قوله: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾ [النساء:٣٦] أمر بالإحسان إلى المماليك، ومطلق الأمر يحمل على الوجوب، والإنفاق عليهم إحسان بهم، فكان واجباً، ويحتمل أن يكون أمراً بالإحسان إلى المماليك أمراً بتوسيع النفقة عليهم؛ لأن المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه إشفاقاً على ملكه، وقد يقتر في الإنفاق عليه لكونه مملوكاً في يده، فَأَمَرَ الله ـ عزَّ وجلَّ ـ السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكراً لما أنعم عليهم؛ حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في

الخلقة خدماً وخولاً، أذلاَّء تحت أيديهم، يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم.

وأما السنة فما رُوِيَ أنَّ رسول الله ﷺ كان يوصي بالمملوك خيراً، ويقول: «**أَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ وَاكْسُوهُمْ مِمَّا تَلْبَسُونَ، وَلاَ تُكَلِّفُوهُمْ مَا لاَ يُطِيقُونَ**»[١] فإن الله ـ تعالى ـ يقول: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾ [البقرة:٢٨٦].

وعن أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: كان آخر وصيةِ رسولِ الله ﷺ حين حضرته الوفاة: «**الصَّلاَةَ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**»[٢] وجعل ﷺ يغرغر بها في صدره وما يقبض بها لسانه، وعليه إجماع الأمة أن نفقة المملوك واجبة.

وأما المعقول فهو عبد مملوك لا يقدر على شيء، فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك.

فصل في سبب وجوبها

وأما سبب وجوبها فالملك؛ لأنه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعاً وتصرفاً وهو نفس الملك، فإذا كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه؛ إذ الخراج بالضمان، وعلى هذا يبنى أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك؛ لأن أمَّهُ إن كانت حرةً، فهو حُرٌّ، وإن كانت مملوكة[٣] فهو ملك مولاها، فكانت نفقته على المولى، ولأن العبد لا مال له، بل هو وما في يده لمولاه، والمولى أجنبي عن هذا الولد، فكيف تجب النفقة في مال الغير لملك الغير.

وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك؛ بأن تزوَّج حُرٌّ أمةَ غَيْرِهِ فولدت ولداً؛ لأنه ملك غيره، فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره، ولو أعتق عبده بطلت النفقة؛ لبطلان سبب الوجوب وهو الملك، ثم إن كان بالغاً صحيحاً فنفقته في كسبه، وَإن كان صغيراً أو زَمِناً، قالوا: إن نفقته في بيت المال؛ لأنه واحدٌ من المسلمين، حُرٌّ عَاجِزٌ لا يعرف له قريب، وبيت المال مال المسلمين، فكانت نفقته فيه؛ وكذا اللقيط إذا لم يكن معه مال، فنفقته في بيت المال لما قلنا.

وقالوا في الصغير في يد رجلٍ قال لرجل: هذا عبدك أودعتنيه فجحد، قال محمد/ ٢/ ١٥٠أ استحلفه بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ ما أودعته، فإن حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يده، لأنه أقر برقِّه، ثم أقر به لغيره، وقد رد الغير إقراره فبقي في يده، واليد دليل الملك فيلزمه نفقته.

---

(١) أخرجه مسلم (٩/ ٣٦٠ ـ نووي) كتاب الزهد: باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر حديث (٧٤ ـ ٣٠٠٦) والبخاري في «الأدب المفرد» (١٣٨).

(٢) تقدم تخريجه في كتاب الصلاة.

(٣) في أ: أمة.

قال محمد: ولو كان كبيراً لم استحلف المدعى عليه، لأنه إذا كان كبيراً كان في يد نفسه، وكان دعواه هدراً، فيقف الأمر على دعوى الكبير، فَكُلُّ من ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته.

ولو كان العبد[١] بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما؛ وكذلك لو كان في أيديهما كل واحد منهما يدعي أَنَّهُ لَهُ، ولا بينة لهما، فنفقته عليهما، وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولدٍ فادَّعاه المولیان ـ أن نفقة هذا الولد عليهما، وعلى الولد إذا كبر نفقة كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما أبٌ كامل في حقه، والله أعلم.

فصل في شرط وجوبها

كاسبه كالحر، فكانت نفقته في كسبه كالحر.

وكذا معتق البعض؛ لأنه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة، وعندهما حر عليه دَيْنٌ، والعبد الموصي برقبته لإنسان وبخدمته لآخر، نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة، لأن منفعته لصاحب الخدمة، ونفقته عبد الرهن على الراهن؛ لأن ملك الذات والمنفعة له، ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا، ونفقة عبد العارية على المستعير؛ لأن ملك المنفعة في زمن العارية له؛ إذ الإعارة تمليك المنفعة، ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب؛ لأن منافعه تحدث على ملكه[٢] على بعض طرق أصحابنا، حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب، فكانت نفقته عليه، ولأن رد المغصوب على الغاصب ومؤنة الرد عليه؛ لكونها من ضرورات الرد، والنفقةُ من ضرورات الرد؛ لأنه لا يمكنه إلا باستبقائه، ولا يبقى عادة إلا بالنفقة، فكانت النفقة من مؤنات الرد؛ لكونها من ضروراته، فكانت على الغاصب، والله أعلم.

فصل في مقدار الواجب منها

وأما مقدار الواجب منها، فمقدار الكفاية؛ لأن وجوبها للكفاية، فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الأقارب.

فصل في كيفية وجوبها

وأما كيفية وجوبها، فإنها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة،

(١) في أ: المملوك.
(٢) في أ: ملك العاصب.

بيان ذلك أن المملوك إذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي، فإن القاضي يأمره بالنفقة عليه، فإن أبى أن ينظر القاضي، فكل مَنْ يصلح للإجارة يؤاجره وينفق عليه من أجرته، أو يبيعه إن كان محلاً للبيع كالقن، ورأى البيع أصلح، ولا يجبر على الإنفاق، وَإن لم يصلح للإجارة بأن كان صغيراً أو جاريةً ولا محلاً للبيع كالمدبر وأم الولد ـ يجبره على الإنفاق؛ لأنه لا يمكن بيعه ولا إجارته، وتركه جائعاً تضييع إلى آدمي، فيجبر المولى على الإنفاق، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما نفقة البهائم فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية، ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ أن ينفق عليها، وروي عن أبي يوسف أنه يجبر عليها؛ لأن في تركه جائعاً تعذيب الحيوان بلا فائدة، وتضييع المال، ونهى رسول الله ﷺ عن ذلك كله؛ ولأنه سَفَهٌ لخلوه عن العاقبة الحميدة، والسفه حرام عقلاً.

وجه ظاهر الرواية: أنَّ الجبرَ عَلَىٰ الحقِّ يكون عند الطلب، والخصومة من صاحب الحق ولا خصم، فلا يجبر، ولكن تجب فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ لما قاله أبو يوسف.

وأما نفقة الجمادات كالدور والعقار، فلا يجبر عليها لما قلنا، ولا يفتى أيضاً بالوجوب إلاَّ أنه إذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك، والله أعلم.

كِتَابُ الحِضَانَةَ(١)

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في تفسير الحضانة، وفي بيان من له الحضانة، وفي بيان مدة الحضانة، وفي بيان مكان الحضانة.

---

(١) قال زين الدين بن نجيم في «البحر الرائق، شرح كنز الدقائق»: «الحَضَانة بكسر الحاء، وفتحها لغةً: تربية الولد» «والحاضنة»: المرأة توكل بالصبي؛ فترفعه وتربيه.
وقد حضنت ولدها حضانة من باب «طَلَبَ» وحضن الطائر بَيْضَهُ حضناً: إذا جثم عليه بكَنَفِهِ يحضنه، كذا في «المغرب» والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة.
والحاضن والحاضنة الموكّلان بالصبي يحفظانه، ويربيانه، والحِضْن: ما دون الإبط إلى الكَشْحِ.
وقيل: هو الصدر والعَضُدَانِ، وما بينهما، والكشح: ما بين الخاصرة إلى الضلع، والخاصرة: هي وسط الإنسان.
وجمع الحضن: أضحان، ومنه الاحتضان، وهو: احتمالك الشيء، وجعله في حضنك، كما تحضن المرأة ولدها تحمله في أحد شقّيها، وفي الحديث أنه - عليه الصلاة والسلام - «خرج محتضناً إحدى ابني ابنته؛ أي: حاملاً له في حضنه» والحضن: الجنب، وهما حضنان. انتهى ابن منظور في لسان العرب.
وقال علاء الدين الكاشاني في «البدائع»: الحضانة لغة تستعمل في معنيين:
أحدهما: جعل الشيء في ناحية، يقال: حضن الرجل الشيء: إذا اعتزله، فجعله في ناحية منه.
ثانيهما: الفم إلى الجنب، يقال: حَضَنْتُهُ، واحتضنتَهُ: إذا ضممته إلى جانبك انتهى.
والحضانة بمعنى: الفم هو المراد؛ لمناسبته للمعنى الشرعي.
واصطلاحاً:
عرفها الحنفية بأنها: تربية الطِّفْلِ ورعايته، والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة.
عرفها الشَّافعية بأنها: تربية من لا يستقلُّ بأموره بما يصلحه، ودفع ما يضره.
عرفها المالكية بأنها: حِفْظُ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعَه وتنظيف جسمه.
عرفها الحنابلة بأنها: حفظ صغير وغيره عما يضرُّه، وتربيته بعمل مصالحه.
انظر: شرح الخرشي ٣/٣٤٧، حاشية ابن عابدين ٢/٦٣٣، نهاية المحتاج ٧/٢١٤، المدونة ١٤/٢٢٤، الروض المربع ٢/٣٢٨، والمطلع على أبواب المقنع: ٣٥٥.
حكمة مشروعية الحضانة
من لطف الله - تعالى - بالصغير العاجز عن إقامة مصالحهُ، وتدبير شؤونه، واحتياجه إلى من يقوم بأمره، وينظر في حوائجه أسند الله - سبحانه وتعالى - أمره إلى من هو مشفق عليه؛ لأن في تعهده بالعناية =

أما الأول: فالحضانةُ في اللغة تستعمل في معنيين:

أحدهما: جَعْلُ الشيء في ناحية يقال: حضن الرجل الشيء، أي: اعتزله، فجعله في ناحية منه.

والثاني: الضمُّ إلى الجنب، يقال: حضنته واحتضنته: إذا ضممته إلى جنبك، والحضن

= والرعاية حقًّا له على أبويه، أو من يقوم مقامهما، ومن ذلك «الحضانة» لِمَا فيها من العناية بالصغير، من غُسْلِ ثيابه، ونظافة جسمه، وحاجاته الألية، والقيام بكل ما يلزم لراحته وسعادته؛ وبذلك ينشأ نشئاً حسناً، سليم الجسم، صالحاً لما يُطْلَبُ منه في الحياة من أمر ديني، أو دنيوي. وقد حتمت الشريعة الإسلامية على من يحضن الطفل أن يكون مستوفياً لشروط تكفل مصلحته، وأحكاماً تدل على العناية به، والاهتمام بشأنه، وذلك من لطف الله ـ تعالى ـ ونعمه التي لا تعد ولا تحصى، قال تعالى ﴿وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ الله لاَ تُحْصُوَهَا﴾.

الأصل في ثبوت الحضانة السنة والإجماع

أما السنة ـ فلما رُوي في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو ـ رضي الله تعالى عنهم ـ أن امرأة قالت: «يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني: فقال لها رسول الله ﷺ: «أنت أحقُّ به ما لم تنكحي» رواه الحاكم، وصححه.

دل الحديث الشريف على أن الأم أحق بحضانة ولدها؛ إذا أراد الأب انتزاعه منها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها تقتضي استحقاقها، وأولويتها بحضانة ولدها، وأقرها ﷺ على ذلك، وحكم لها ما لم تتزوج بزوج آخر.

ففيه تنبيه على المعنى المقتضي للحكم، وأن العلل والمعاني المعتبرة في إثبات الأحكام مستقرة في الفطرة السليمة.

والأم أولى بالولد من سائر الحضانات؛ ما لم يحصل مانع من ذلك؛ كالنكاح؛ لتقييده ﷺ للأحقية بقوله: «ما لم تنكحي» وذلك مجمع عليه؛ كما حكاه صاحب «البحر» عن «نيل الأوطار» ـ فإن حصل النكاح منها ـ سقط أولويتها، وبطل حضانتها، وبه قال الإمام مالك، والشافعي، وأحمد ـ رضي الله تعالى عنهم ـ.

وأما الإجماع ـ فدليله ما رواه ابن أبي شيبة، عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه طلق جميلة أم عاصم الأنصارية، ثم أتى عليها، وفي حجرها عاصم، وأراد أن يأخذه منها؛ فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام؛ فانطلقا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه ـ فقال أبو بكر لعمر: «خلِّ بينها وبينه؛ فإن مسحها، وحجرها، وريحها خير له منك، حتى يشب الصبي» فما راجعه عمر، وسلم عاصماً لأمه، والصحابة ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ حاضرونَ متوافرون، ولم ينكر على حكم أبي بكر أحد منهم؛ فكان ذلك إجماعاً، انتهى «فتح وبحر».

على أن عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ كان مذهبه في هذا خلاف مذهب أبي بكر، ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والإمضاء.

ينظر الحضانة لشيخنا بكر داود.

الجنب، فحضانة الأمِّ ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إيَّاه من أبيه ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه، ولا تُجبر الأم على إرضاعه إلا ألاَّ يوجد من ترضعه فتجبر عليه، وهذا قول عامة العلماء.

وقال مالك: إن كانت شريفة لم تجبر، وَإن كانت دَنِيَّةً تجبر، والصحيحُ قول العامة؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] قيل في بعض وجوه التأويل: أي لا تضار بإلزام الإرضاع مع كراهتها، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ في المطلقات: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] جعل ـ تعالى ـ أجْرَ الرضاع على الأب لا على الأم مع وجودها، فدلَّ أن الرضاع ليس على الأم، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: رزق الوالدات المرضعات، فإن أريد به المطلقات، ففيه أن لا إرضاع على الأم حيث أوجب بدل الإرضاع على الأب مع وجود الأم، وإن أريد به المنكوحات كان المراد منه ـ والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم ـ إيجاب/ زيادة النفقة على الأب للأم المرضعة لأجل الولد، وإلا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولدٍ، ولأن الإرضاع إنفاق على الولد، ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها الأم كنفقته بعد الاستغناء، فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء، لا تجب عليها قبله، وهو إرضاعه، وهذا في الحكم.

٢/ ١٥٠ب

وأما في الفتوى: فتفتى بأنها ترضعه؛ لقولهِ ـ تعالى ـ: ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] في بعض تأويلات الآية: أي: لا تضار بولدها بأن ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضرر الولد، ومتى تضرر الولد تضرر الوالد؛ لأنه يتألم قلبه بذلك، وقد قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: لا يضار المولود له بسبب الإضرار بولده؛ كذا قيل في بعض وجوه التأويل؛ ولأن النكاح عقد سكن وإزواج[1]، وذلك لا يحصل إلا باجتماعهما على مصالح النكاح.

ومنها: إرضاع الولد فيفتى به، ولكنها إن أبَتْ لا تجبر عليه لما قلنا، إلا إذا كان لا يوجد مَنْ يرضعه، فحينئذٍ تجبر على إرضاعه؛ إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد.

ولو التمس الأب لولده مرضعاً فأرادتِ الأم أن ترضعه بنفسها فهي أولى؛ لأنها أشفق عليه، ولأن في انتزاع الولد منها إضراراً بها، وأنه منهيٌّ عنه؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] قيل في بعض الأقاويل، أي: لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهي تريد إمساكه وإرضاعه.

---

(١) في ط: ازدواج.

فإن أرادت أن تأخذ على ذلك أجراً في صلب النكاح لم يجز لها ذلك؛ لأن الإرضاع وإن لم يكن مستحقّاً عليها في الحكم، فهو مستحق في الفتوىٰ، ولا يجوز أخذ الأجر على أمر مستحق؛ لأنه يكون رشوة، ولأنها قد استحقت نفقة النكاح وأجرة الرضاع، وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين؛ ولأن أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت، ومنفعةُ البيت تحصل للزوجين، فلا يجوز لها أن تأخذ عوضاً عن منفعة تحصل لها، حتى لو استأجرها على إرضاع ولده من غيرها جاز؛ لأن ذلك غير واجب عليها، فلا يكون أخذ الأجرة على فعل واجب عليها؛ وكذا ليس في حفظه منفعة تعود إليها؛ لأنه لا يجب عليها أن تسكنه معها.

وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها أن تأخذ الأجرة؛ كما لا يجوز في صلب النكاح؛ لأن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه.

وأما المبتوتةُ ففيها روايتان: في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجر؛ لأنها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة، فلا يحل لها الأجرة كما لا يحل للزوجة.

وفي روايةٍ يجوز؛ لأن النكاح قد زال بالإبانة، فصارت كالأجنبية.

وأما إذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع، وقال الأب: أنا أجد من يرضعه بغير أجر أو بأقل من ذلك، فذلك له؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق:٦] ولأن في إلزام الأب بما تلتمسه الأم إضراراً بالأب، وقد قال الله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة:٢٣٣] أي: لا يضار الأب بإلزام الزيادة على ما تلتمسه الأجنبية؛ كذا ذكر في بعض التأويلات، ولكن ترضعه عند الأم ولا يفرق بينهما لما فيه من إلحاق الضرر بالأم، والله أعلم.

فصل في بيان مَنْ له الحضانة

وأما بيان من له الحضانة، فالحضانةُ تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت، والأصل فيها النساء لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدرُ، ولكلٍّ واحدٍ منهما شرط، فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما.

أما التي للنساء، فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار، فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمة وبنات الخالة؛ لأن مبنىَ الحضَانة على الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة، ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب، فأحق النساء من ذوات الرحم

المحرم بالحضانة الأم؛ لأنه لا أقرب منها(١)، ثم أم الأم، ثم أم الأب؛ لأن الجدتين وإن استويتا في القرب لكن إحداهما من قبل الأم أولى، وهذه الولاية مستفادة من قبل الأم، فكل من يدلي بقرابة الأم كان أولى؛ لأنها تكون أشفق(٢) [ثم الأخوات](٣) فأم الأب(٤) أولى من

(١) لَمَّا كانت حاجة الطفل في أول أطوار حياته، ترجع إلى تدبير طعامه، وملبسه، ونومه، ونظافته، وأمثال هذه الحاجات التي تقدر عليها النساء أكثر من الرجال؛ لوفور شفقتهن، وصبرهن على تربية الأطفال، وقدرتهن على ذلك؛ لملازمتهن البيوت؛ ولذا كان الحق بحضانة الطفل من النساء محارمه أولاً؛ فإن لم تكن له محرم من النساء، أو وجدت، وليست أهلاً لحضانته ـ انتقل الحق إلى محارمه من الرجال العصبة.

ثانياً: فإن لم يوجد عاصب محرم للصغير، أو وُجِدَ، وليس أهلاً لحضانته انتقل الحق إلى محارمه من الرجال غير العصبة.

ثالثاً: ولما كانت النساء مقدمات على الرجال العصبة، وغير العصبة؛ لشفقتهن، وصبرهن ـ ابتدأت بترتيب أرباب الحق في الحضانة من النساء.

فَأَحَقُّ النساء المحارم بحضانة الصغير أمه؛ لصبرها، وقدرتها على تحمل المشاق، مهما طال الزمان، وتداولت الأعصار؛ فهي التي تفرح لفرحه، وتسر عند رؤيته، وتسهر لسهره، وتحزن لمرضه؛ لِمَا أُودِعَ في قلبها من العطف، والحنان، والمحبة.

وهذه فطرة فطر الله الأمهات عليها، سواء أكانت الزوجية قائمة بينها وبين أبيه، أو مطلقة منه؛ فهي أحق؛ لِما رُوِيَ من قوله ﷺ «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي».

والإجماع على ذلك لِمَا رُوِيَ أن أبَا بَكرٍ ـ رضي الله عنه ـ قال لعمر ـ حين فارق امرأته ـ: «رِيحُهَا وَمَسُّهَا وَمَسْحُهَا وَرِيقُهَا خَيرٌ لَهُ مِنَ الشَّهْدِ عِنْدَكَ، وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيهِ أَحَدٌ؛ فَكَانَ إِجْمَاعاً».

ولأن الصغار لما عجزوا عن مصالحهم ـ جعل الشرع ولايتها إلى غيرهم؛ فجعل ولاية التصرف في النفس، والمال إلى الآباء، أو من يقوم مقامهم، لأن الرجال أقوى رأياً مع الشفقة الكاملة، وأوجب النفقة عليهم، لكونهم أقدر عليها، وجعل الحضانة إلى الأمهات؛ لأنهن أشفق، وأرفق، وأفرغ للقيام بخدمته؛ فكان في تفويض الحضانة إليهن، وغيرها من المصالح إلى الآباء زيادة منفعة على الصغير؛ فكان حسناً، سواء كان المحضون ذكراً، أو أنثى؛ فهي أولى، وهو قول «يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، وأبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وأبي إسحَاقَ المروزي» قال ابن قدامة في «المغني»: «وَلاَ نَعْلَمُ أَحَداً خَالَفَهُمْ».

ينظر: الحضانة لشيخنا بكر داود.

(٢) إذا ماتت الأم، أو لم تكن أهلاً للحضانة ـ انتقل الحق في حضانة الولد إلى أمها «وهي جدة الولد من جهة أمه» لما روى أبو بكر بن أبي شيبة في «مصنفه» في قصة عمر بن الخطاب، أنه طَلَّق جميلة ابنة عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح الأنصاري؛ فتزوجت فأخذ عمر ابنه منها؛ فأدركته «شموس» أم جميلة، فَأَخَذت الولد منه؛ فَتَرَافَعَا إلى أبي بكر ـ رضي الله عنه ـ وهما متشبثان؛ فَقَالَ الصِّدِّيقُ لعمر: «خَلِّ بَيْنَه وَبَيْنَهَا» فأخذته.

ولأن هذه الولاية تستفاد من قِبَل الأم؛ فكانت التي من قبلها أولى، وإن بعدت.

وعند الإمام أحمد أن أم الأب أحق من أم الأم؛ لكنه مستضعف؛ فإن أم الأم تُدلي بالأم، وهي مقدمة على الأب؛ فالذي يدلي بها ولاداً أولى ممن يدلي بالأب. =

الأخت؛ لأن لها ولاداً، فكانت أدخل في الولاية[١]؛ وكذا هي أشفق، وأولى الأخوات الأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب؛ لأن الأخت لأب وأم تُدْلِي بقرابتين فترجَّح على الأخت لأم بقرابة الأب، وترجح الأخت لأم؛ لأنها تدلي بقرابة الأم، فكانت أولى من الأخت لأب[٢].

= وصحح الولوالجي: بأنها أولى من الخالة؛ فإن لم تكن، أو كانت، وليست أهلاً - انتقل الحق في حضانة الصغير إلى أم الأب، فهي مقدمة على الأخوات، والخالات؛ لأنها من الأمهات؛ ولكونها أوفر شفقة على الأولاد.

وقال زُفَرُ: «الأخت الشقيقة، أو الأخت لأم، أو الخالة أحق بحضانة الصغير من أم الأب؛ لأنها تدلي إليه بقرابة الأب، وهن يدلين إليه بقرابة الأم، فَكُنَّ أَحَقُّ، لأن الحضانة تستحق باعتبار قرابة الأم أولاً.

ونحن نقول: أم الأب أم لما لها من قرابة الولادة، وهي من الأمهات، ولهذا تحرز ميراث الأم، وهو السُدُسُ.

وقال مالك: الخالة أولى من الجدة لأب؛ كمَا رُوِيَ في ا«الصحيحين» «أن عليًا، وجعفر الطيار، وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فَقَالَ عَلِيٌ: أنا أحق بها هي ابنة عمي. وقال زيد: بنت أخي. وقال جعفر: بنت عمي وخالتها تحتي؛ فقضى النبي ﷺ لخالتها، وقال: الخالة بمنزلة الأم، وقال لعلي: أنت مني، وأنا منك، وقال لجعفر: أشبهت خَلْقِي وخُلُقِي وقال لزيد: أنت أخونا ومولانا.

ورواه أبو داود في «سننه» وقال بعد هذا قوله: «إِنَّمَا الخَالَةُ أُمٌ» ورواه إسحاق بن راهويه، وقال بعد قوله: «وأما أنت يا زيد فأخونا، ومولانا، والجارية عند خالتها، فإن الخالة والدة».

قلنا: هذا كله تشبيه، ولم يذكر وجهه، فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة، أو كونها أحق بها من كل من سواها، ولا دلالة على الثاني، والأول متيقن، فيثبت؛ فلا يفيد الحكم بأنها أحق من أحد بخصوصه أصلاً ممن له الحق في الحضانة؛ فيبقى المعنى الذي عنيناه بلا معارض، وهو أن الجدة لأب تقدم على الخالة؛ لكونها من الأمهات.

والاستدلال بالحديث على ما قلنا استدلال بالظاهر، وعلى قول مالك استدلال بالمؤل وهو في مقابلة الظاهر خفي.

فإن لم تكن جدة سفلى، ولا عُليا من جهة الأم، ولا من جهة الأب فالأخت الشقيقة، ثم لأم، ثم الأب، لأنهن بنات الأبوين، فكن أولى من بنات الأجداد، ولهذا قدمن في الميراث.

ينظر: الحضانة لشيخنا بكر داود.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: الأم.

(١) في أ: القرابة.

(٢) تقدم الأخت الشقيقة؛ لوفور شفقتها، ثم الأخت لأم، لأن الحق لها من جهة الأم، وأما الأخت لأب - فالمذكور في «البحر» وغيره، أنها تقدم على الخالة اعتباراً بقرب القرابة، وهي رواية محمد، عن أبي حنيفة في كتاب «النكاح»، لأن المدلى بالأم يقدم على المدلى بالأب عند اتحاد الرتبة، وفي رواية عنه من كتاب «الطلاق» تقدم الخالة عن الأخت لأب؛ لأنها تدلي بالأم والأخت بالأب؛ ولقوله عليه السلام: «الْخَالَةُ وَالِدَةٌ». =

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة، أيتهما أولى؟ روي عنه في كتاب «النكاح» أن الخالة أولى، وهو قول محمد وزفر، وروي عنه في كتاب «الطلاق» أن/ الأخت لأبٍ أوْلَىٰ.

٢/ ١٥١أ

وجه الرواية الأولى: ما روي أن بنت حمزة لما رأت علياً ـ رضي الله عنه ـ تمسكت به، وقالت: ابن عمي، فأخذها، فاختصم فيها عليٌّ وجعفر وزيد بن حارثة ـ رضي الله عنهم ـ؛ فقال ـ رضي الله عنه ـ: بنتُ عمي، وقال جعفر: بنت عمي وخالتُها عندي، وقال زيد بن حارثة ـ رضي الله عنه ـ بنت أخي؛ آخيت بيني وبين حمزة يا رسولَ الله، فقضى رسولُ الله ﷺ بها لخالتها، وقال ﷺ: «**الخَالَةُ وَالِدَةٌ**»[1] فقد سمى الخالة والدة فكانت أولى.

= وقيل في تفسير قوله تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾ أنها كانت خالته، وعند زُفَرُ «الأخت الشقيقة، والأخت لأم يشتركان؛ لاستوائهما فيما يعتبر، وهو الإدلاء بالأم، وجهة الأب لا مدخل لها فيه».

وأبو حنيفة وصاحباه يقولون: تقدم الشقيقة، لأن جهة الأب تصلح للترجيح، وإن لم يكن له مدخل مع وجود القرابة من جهة الأم، وإذا عدمت قرابة الأم ـ كان لها مدخلاً في استحقاق الحضانة.

(١) ورد بلفظ: الخالة بمنزلة الأم.

حديث البراء بن عازب أخرجه البخاري ٥/ ٣٥٧ كتاب الصلح/ باب كيف يكتب «هذا ما صالح فلان بن فلان...» (٢٦٩٩) وأطرافه في البخاري (١٧٨١، ١٨٤٤، ٢٦٩٨، ٢٧٠٠، ٣١٨٤، ٤٢٥١).

والبيهقي ٨/ ٥ كتاب النفقات/ باب الخالة (حق بالحضانة من العصبة وقال: رواه البخاري في الصحيح عن عبيد الله بن موسى ـ هكذا عن عبيد الله بن موسى عن إسرائيل مدرجاً.

وقد ورد الحديث عن علي بن أبي طالب وأبي مسعود البدري وأبي هريرة ومحمد بن علي بن الحسين بن علي وابن شهاب مرسلاً.

أمّا حديث علي بن أبي طالب:

فقد رواه أحمد ١/ ٩٨ ـ ٩٩ حدثنا يحيى بن آدم ثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن هانىء بن هانىء وهبيرة بن يريم عن علي ـ رضي الله عنه ـ قال: لما خرجنا... فذكر الحديث بطوله.

وعزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٦٧ لإسحاق بن راهويه في مسنده بالإسناد المذكور عند أحمد.

وأبو داود في السنن ١/ ٦٩٤ كتاب الطلاق/ باب من أحق بالولد (٢٢٨٠) والترمذي.

والخطيب في «تاريخ بغداد» ٤/ ١٤٠.

وعزاه الألباني في الإرواء (٧/ ٢٤٧) للطحاوي في المشكل (٤/ ١٧٣ ـ ١٧٤) والحاكم ٢/ ١٢٠ وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.

ورواه في موضع آخر مختصراً ٤/ ٣٤٤ وقال:

«صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي والبيهقي ٨/ ٦ كتاب النفقات/ باب الخالة أحق بالحضانة من العصبة.

وأما حديث أبي مسعود: قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٦٧: رواه الطبراني في «معجمه» حدثنا أبو الشيخ محمد بن الحسن الأصبهاني وأحمد بن زهير التستري قالا: ثنا محمد بن حرب النسائي ثنا يحيى بن عباد ثنا قيس بن الربيع عن أبي حصين عن خالد بن سعد عن أبي مسعود قال: قال =

وجه الرواية الأخرى: أن الأخت لأب بنت الأب، والخالة بنت الجد، فكانت الأخت أقرب فكانت أولى.

وبنت الأخت لأب وأم أولى من الخالة، لأنها من ولد الأبوين؛ وكذا بنت الأخت لأم؛ لأنها من ولد الأم، والخالة ولد الجد.

وكذا بنت الأخت لأب أولى من الخالة على الرواية الأخيرة؛ لأنها من ولد الأب، والخالة ولد الجد، فكانت أولى.

وأما على الرواية الأولى: فلا شك أن الخالة تتقدم عليها؛ لأنها تتقدم على أمها وهي الأخت لأب، فلأن تتقدم على بنتها وهي أبعد من أمها ـ أولى، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ؛ لأن الأخ لا حق له في الحضانة، والأخت لها حق فيها، فكان ولد الأخت أولى، والخالات أولى من بنات الأخ؛ لأن بنت الأخ تدلي بقرابة الذكر، والخالة تدلي بقرابة الأم، فكانت الخالة أولى، وبنات الأخ أَوْلَىٰ مِنَ العَمَّاتِ.

وإن كانت واحدة منهما، أعني: بنت الأخ والعمة، تدلي بذكر لكن بنت الأخ أقرب؛ لأنها ولد الأب، والعمة ولد الجد، فكانت بنت الأخ أقرب، فكانت أولى، ثم الخالات أولى من العمات، وإن تساوين في القرب؛ لأن الخالات يدلين بقرابة الأم فكن أشفق، وأولى الخالات الخالة لأب وأم؛ لأنها تدلي بقرابتين، ثم الخالة لأم لإدلائها بقرابة الأم، ثم الخالة لأب، ثم العمات.

= رسول الله ﷺ «الخالة والدة».

قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٣٢٣):

«وفيه قيس بن الربيع، وثقه شعبة والثوري وضعفه جماعة، وبقية رجاله ثقات».

أمّا حديث أبي هريرة: أخرجه العقيلي في «الضعفاء» (٤٧٢) في ترجمة السمتي قال: حدثنا أبو هريرة المدني عن مجاهد عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «الخالة والدة».

وأعله بيوسف هذا ووصفه بالكذب وقال: لا يتابع عليه أمّا حديث جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه مرسلاً.

أخرجه ابن سعد في الطبقات (٤/ ٣٥ ـ ٣٦).

قال الألباني في الإرواء: «إسناده مرسل صحيح».

أما حديث الزهري بلاغاً أن رسول الله ﷺ قال: العم أب إذا لم يكن دونه أب والخالة والدة إذا لم يكن دونها أم» قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٦٨: رواه ابن المبارك في «البر والصلة» بسنده عن الزهري وقال الألباني في الإرواء ٦/ ١٤٤: وقد رأيته في كتاب الجامع لعبد الله بن وهب شيخ الإمام أحمد عن ابن شهاب بلاغاً» ا هـ وهو «ضعيف».

وذكر الحسن بن زياد في «كتاب الطلاق» أن أم الأب أولى من الخالة في قول أبي يوسف، وقال زفر: الخالة أولى، وجه قول النبي ﷺ: «**الخَالَةُ وَالِدَةٌ**».

وجه قول أبي يوسف: أن أم الأب لها ولاد، والولاية في الأصل مستفادة بالولادِ.

وأولى العمات العمة لأب وأم؛ لأنها تدلي بقرابتين، ثم العمة لأم لاتصالها بجهة الأم، ثم العمة لأب.

وأما بنات العم والخال والعمة والخالة، فلا حق لهن في الحضانة لعدم الرحم المحرم[1] والله أعلم.

ومنها: ألا تكون ذات زوج أجنبيٍّ من الصغير[2]، فإن كانت فلا حق لها في الحضانة،

---

(١) أولاد الأخوات على الترتيب الآتي:
فأولاد الأخوات لأم وأب أولى من الخالات والعمات؛ بخلاف أولاد الأخوات لأب؛ فإن الخالات أولى منهن.
والصحيح إن الخالات أولى من أولاد الأخوات لأب.
ثم الخالات ينزلن منزلة الأخوات؛ أعني: من كانت لأم وأب أحق، ثم يليها من كانت لأم فقط، ثم لأب تليها في المرتبة، لأن من كان اتصاله من الجانبين أحق بحضانة الصغير، ثم من كانت لأم؛ لكونها أشفق، والمراد بالخالة: أخت الأم لا مطلق خالة، الصادق بخالة الأم، وخالة الأب؛ لأنهما مؤخرتان عن العمة، وأيضاً الخالات أحق بحضانة الصغير من بنات الأخ، ثم بنات الأخ على الترتيب المتقدم؛ فتقدم بنات الأخ الشقيق، ثم بنات الأخ لأم، ثم بنات الأخ لأب، ثم العمات، وتقدم الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عمات الأمهات، وعمات الآباء على هذا الترتيب.
قال «شلبي» نقلاً عن العيني في شرح «الهداية»: ومن خطّه نقلت: «وبنات الأعمام، وبنات العمات، وبنات الأخوال، وبنات الخالات بمعزل عن حق الحضانة، لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية، وإن كن رحمة» وفصل في غيره من الكتب المعتمدة، فقالوا: لا حق لبني العم، والعمة، والخال والخالة في حضانة الصبية، لعدم المحرمية، ولهم الحق في حضانة الصبي؛ كما لا حق لبنات العم، والعمة، والخال، والخالة في حضانة الصبي، ولهن الحق في حضانة الصبيّة.
والمحارم غير القريبات؛ كالأم رضاعاً، والأخت رضاعاً، لاحق لهن في الحضانة.
ينظر: الحضانة لشيخنا بكر داود.

(٢) ألا تكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون، لأن الأجنبي ينظر إلى ولدها شذراً، ويبطن له الكراهة، سواء دخل بها، أو لم يدخل، وهو مذهب أبي حنيفة ـ رحمهُ الله ـ وبه قال الشافعي؛ لأنه بمجرد العقد على المرأة يملك الزوج منافع الاستمتاع بها وتكون مشغولة عن الولد بالتهييء للدخول، والأخذ في أسبابه، وعلى هذا لا يسلم الولد إليها؛ لأن التزوج اسم للعقد أفاده الرملي؛ كما هو منقول عنه في «حاشية البحر».
وقال الإمام مالك، وأحمد ـ رضي الله عنهما ـ: لا يسقط حقها في الحضانة بمجرد العقد، وإنما يسقط بالدخول عليها؛ إذ به يتحقق اشتغالها عن الولد حقيقة.
=

وأصله ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده؛ أن امرأةً أتتْ رسولَ الله ﷺ فقالت: يا رسولَ الله؛ إن ابني هذا كان بطني له وعاءً وحجري له حواء وثديي له سقاء، ويزعم أبوه أن ينزعه منيّ، فقال رسولُ الله ﷺ: **«أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُ مَا لَمْ تُنْكَحِي»**[(١)].

وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال: طلق عمر - رضي الله عنه - أمَّ ابنه عاصم - رضي الله عنه - فلقيها ومعها الصبي فنازعها، وارتفعا إلى أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - فقضى أبو بكر - رضي الله عنه - بعاصم بن عمر - رضي الله عنهما - لأمه ما لم يشب أو تتزوج، وقال: إن ريحها وفراشها خيرٌ له حتى يشب أو تتزوج[(٢)]، وذلك بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم -؛ ولأن الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الأب لأنه يبغضه لغيرته، وينظر إليه نظر المغشى عليه من الموت، ويقتر عليه النفقة، فيتضرر به حتى لو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي، لا يسقط حقها في الحضانة؛ كالجدة إذا تزوجت بجد الصبي، أو الأم تزوجت بعم الصبي، أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك؛ وهو القرابة الباعثة على الشفقة.

ولو مات عنها زوجها أو أبانها، عاد حقها في الحضانة؛ لأن المانع قد زال، فيزول المنع ويعود حقها، وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت.

ومنها: عدم ردتها، حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة[(٣)]؛ لأن المرتدة

= وإنما اشترط ذلك؛ لأن زوج الأم الأجنبي ينظر إلى الولد بعين الكراهة؛ لظنه أن أمه تطعمه من ماله وربما اشتد بينه وبين أمه الخلاف والشقاق من أجل الولد، ووجوده عند أمه، وقد يترتب على ذلك ما لا يحمد عقباه مما فيه إضرار بالأم والولد معاً.

وأما الرحم المحرم إذا كان زوجاً للأم - فلا خوف على الولد منه؛ لما بينه وبين المحضون من أواصر القرابة؛ فيعطف عليه، وينظر له نظر رحمة، وإذَن لا خوف على الصغير منه؛ ولذا يسلم الولد للأم وغيرها من الحاضنات، إذا تزوجن برحم محرم للمحضون، كتزوج أم الصغير بعمه، أو جدته بجده، فإنه ينزل منزلة الأب من جهة العطف والحنان.

ينظر: الحضانة لشيخنا بكر داود.

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٦٩٣) كتاب الطلاق: باب من أحق بالولد حديث (٢٢٧٦) والدارقطني (٣/ ٣٠٥) كتاب النكاح: باب المهر، والحاكم (٢/ ٢٠٧) والبيهقي (٨/ ٤ - ٥) وأحمد (٢/ ١٨٢) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ٥) كتاب النفقات: باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جَدته.

(٣) وهو الخروج عن دين الإسلام بعد اعتناقة، سواء لحقت بدار الحرب، أو لا؛ لأن حكمها الحبس والضرب حتى تعود إلى الإسلام.

تحبس فيتضرر به الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع، وسُئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج، قال يضعه القاضي حيث يشاء؛ لأنه لاحق لهن فَصَار كَمَنْ لا قرابة له.

ومنها: أن تكون حرة فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة الولد[1] الحر؛ لأن الحضانة ضرب من الولاية، وهما ليستا من أهل الولاية، فأما إذا اعتقتا فهما في الحضانة كالحرة؛ لأنهما استفادتا الولاية بالعتق.

وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام؛ لأن هذا الحق إنما يثبت نظراً للصغير، وأنه لا يختلف بالإسلام والكفر، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم، كانت في الحضانة كالمسلمة، كذا ذكر في الأصل لما قلنا، وكان أبو بكر أحمد بن علي الرازي/ يقول: إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا، فإذا عقلا سقط حقها؛ لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق. ٢/١٥١ب

فصل في وقت الحضانة من قبل النساء

وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء، فالأم والجدتان أحق بالغلام حتى يستغني

(١) ويشترط في الحاضنة، أمًّا كانت للمحضون، أو غيرها شروطاً، بمراعاتها يمكن الوصول إلى التربية الصحيحة، والعناية بكل ما يلزم للصبي؛ حتى ينشأ نشأ حسناً صالحاً لكل ما يطلب منه وهي مبسوطة في كتب الفقهاء:

أولاً: أن تكون حرة؛ كي تستطيع القيام بخدمة الصغير، والتضرع لكل ما يلزم له.

فلو كانت أمة، أو أم ولد ـ لا حق لهما في حضانة أولادهما، لعجزهما عن الحضانة بخدمة المولى، ولأن حق الحضانة ضرب من الولاية، ولا ولاية لهما على أنفسهما؛ فلا يكون لهما على غيرهما ولاية، وعلى هذا تكون الحضانة لمولاه؛ إن كان الصغير رقيقاً، ولا يفرق المولى بينة وبين أمه، إن كانا في ملكه.

ولو عتقت أمه بعد وضعه لم يكن لها حق في الحضانة، سواء كانت منكوحة لأبيه، أو فارقها، وسواء كان أبوه حرًّا، أو عبداً، لأن الولد مملوك للولي.

وإذا كان الولد حرًّا ـ فالحضانة لأقربائه الأحرار؛ إن كانت أمُّه أَمَةٍ، لا لمولاها، ولا لمولاه الذي أعتقه، وإن عتقت ـ كانت الحضانة لها؛ لأنها حرة، وابنها حر، أو أن ثبوت الحق.

وأما المدبرة ـ فحكمها حكم القنة، لوجود الرقة فيها، والمكاتبة أحق بولدها المولود في كتابتها، لأنه يصير داخلاً في الكتابة؛ تبعاً لأمه، بخلاف المولود قبل الكتابة، فلا يكون لها حق في حضانته.

ينظر: الحضانة لشيخنا بكر داود.

عنهن؛ فيأكل وَحْدَهُ، ويشرب وحده، ويلبس وحده[1]، كذا ذكر في ظاهر الرواية، وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد: وَيَتَوَضَّأُ وحده؛ يريدُ به الاستنجاء، أي: ويستنجي وحده، ولم يقدر في ذلك تقديراً، وذكر الخصاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك.

وأما الجارية: فهي أحق بها حتى تحيض؛ كذا ذكر في ظاهر الرواية.

وحكى هشام عن محمد: حَتَّىٰ تبلغ أو تُشْتَهَىٰ وإنما اختلف حكم الغلام والجارية لأن القياس أن تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعاً؛ لأنها ضرب ولاية، ولأنها ثبتت للأم، فلا تنتهي إلا بالبلوغ كولاية الأب في المال، إلاَّ أنا تركنا القياس في الغلام بإجماعِ الصحابةِ - رضي الله عنهم - لما روينا أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - قضى بعاصم بن عمر لأمِّهِ ما لم يشِبَّ عاصم أو تتزوج أمه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم - ولم ينكر أحدٌ من الصحابة، فتركنا القياس في الغلام بإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - فبقي الحكم في الجارية على أصل القياس؛ ولأن الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتَّخَلُّقِ

---

(١) أصل المذهب: أن مدة الحضانة للصغير والصغيرة تنتهي باستغنائهما عن خدمة النساء، وقدرة الواحد منهما على أن يقوم وحده بحاجاته الأولية؛ من أكل، ولبس، ونظافة بلا معين، ولم تقدر لهذا سن معينة.
ولكن مجتهدي المذهب قدروا سن الاستغناء؛ فقدر الخصاف سن الاستغناء للغلام بسبع سنين، لأن الظاهر أن الصغير إذا بلغ السبع - يهتدي بنفسه إلى الأكل والشرب، بلا معين؛ فلا حاجة إلى الحضانة، وأيضاً إذا بلغ الصبي هذا السن - يحتاج إلى التأديب، والتهذيب، والتعليم، والتخلق بأخلاق الرجال وآدابهم، والأب أقدر على ذلك من الأم، وسائر الحاضنات، ولذلك قال عليه الصلاة والسلام: «مُرُوا صِبْيَانَكُمْ بِالصَّلاَةِ إِذَا بَلَغُوا سَبْعاً».
والأمر بالصلاة لا يكون إلا بعد القدرة على الطهارة. والفتوى على قول الخصاف؛ كما في «الكافي» للحاكم الشهيد. وقدر أبو بكر الرازي الاستغناء للغلام بتسع سنين.
وأما الصغيرة - فقد قدر الرازي مدة حضانتها بتسع سنين على المفتى به، فقد روى هشام عن محمد أن الصغيرة تدفع إلى أبيها إذا بلغت حدَّ الشهوة، وقدره أبو الليث في «الوجيز» بتسع سنين، وعن أبي يوسف مثله؛ ولأن الصغيرة بعد هذه المدة تحتاج إلى الصيانة، ولذا قال في «النقاية»: «وهو المعتمد لفساد الزمان» وبه يفتي في زماننا؛ لكثرة الفساق. وأما على ظاهر الرواية - فالبنت تبقى عند أمها وجدتها حتى تحيض، وذلك أنه بعد استفتائها بنفسها تحتاج إلى معرفة آدابي النساء، من الغزل، والطبخ، والغسل، والأم أقدر على ذلك؛ ولذا تبقى البنت في حضانة أمها وجدتها حتى تحيض، فإذا حاضت البنت - تحتاج إلى التزويج، والصيانة، والأب له ولاية التزوج، وأيضاً أقدر على صيانتها من أمها وجدتها؛ لأنها إذا بلغت صارت عرضة للفتنة، ومطمعاً للرجال، وبالرجال من الغيرة ما ليس للنساء؛ فالأب أقدر على دفع خداع الفسقة واحتيالهم؛ فكان أولى.
وأما غير الجدة والأم من الحاضنات - فلهن حق الحضانة حتى تبلغ الصبية حد الشهوة؛ أي: تسع سنين اتفاقاً.
ينظر الحضانة لشيخنا بكر داود.

بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفَضَائِلِ واكتساب أسباب العلوم، والأب على ذلك أقوم وأقدر، مع ما [أنّه لو ترك][١] في يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن، وفيه ضرر [به][٢]، وهذا المعنى لا يوجد في الجارية، فتترك في يد الأم، بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت، ولا يحصل ذلك إلاَّ وأن تكون عند الأم، ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة، تَقَعُ الحاجةُ إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها؛ لكونها لحماً على وضم، فلا بد ممَّن يذب عنها، والرجال على ذلك أقدر.

وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الأخوات والخالات والعمات إذا كان الصغير عندهن، فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام، وهو أنها تترك في أيديهن إلى أنْ تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها، ثم تسلم إلى الأب، وإنما كان كذلك لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء، لكن في تأديبها استخدامها، وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات، فتسلمها إلى الأب احترازاً عن الوقوع في المعصية.

وأما التي للرجال فأما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام إلى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية إذا كانت عند الأم أو الجدتين، وإن كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعاً إلى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى، وإنما توقت هذا الحق إلى وقت بلوغ الصغير والصغيرة؛ لأن ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال، غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فللأب أن يضمه إلى نفسه، ولا يخلي سبيله، كَيْلاَ يكتسب شيئاً عليه، وليس عليه نفقته إلا أن يتطوع، فأما إذا بلغ عاقلاً واجتمع رأيه واستغنى عن الأب وهو مأمون عليه فلا حق للأب في إمساكه؛ كما ليس له أن يمنعه من ماله، فيخلى سبيله فيذهب حيث شاء، والجارية إن كانت ثيباً وهي غير مأمونة على نفسها، لا يخلى سبيلها، ويضمها إلى نفسه، وَإن كانت مأمونة على نفسها، فلا حق له فيها، ويخلى سبيلها وتترك حيث أَحَبَّتْ، وإن كانت بكراً لا يخلى سبيلها، وإن كانت مأمونة على نفسها؛ لأنها مَطْمَعٌ لكلِّ طامعٍ ولم تختبر الرجال، فلا يُؤمن عليها الخداع.

وأما شرطها، فمن شرائطها: العصوبة، فلا تثبت إلا للعصبة من الرجال[٣]، ويتقدم الأقرب فالأقرب؛ الأب ثم الجد أبوه وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم ابن

(١) في أ: لو بقي. (٢) سقط من ط.

(٣) عصبة الرجل ـ لغةً ـ: قرابته لأبيه، سموا بذلك لإحاطتهم به.

=

الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم ابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب إن كان الصبي غلاماً، وإن كان جارية فلا تسلم إليه؛ لأنه ليس بمحرم منها، لأنه يجوز له نكاحها، فلا يؤتمن عليها.

وأما الغلام فإنَّهُ عصبة وأحقُّ به ممن هو أبعد منه، ثم عم الأب لأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم عم الجد لأب وأم، ثم عم الجد لأب.

ولو كان لها ثلاثة أخوة كلهم على درجة واحدة بأن كانوا كلهم لأبٍ وأم، أو لأب، أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة، فأفضلهم صلاحاً وورعاً أَوْلَى. فإن كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سناً أَوْلَى بالحضانة، فإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم، اختار لها القاضي أفضل/ المواضع؛ لأن الولاية في هذه الحالة إليه فيراعى الأصلح، فإن رآه أصلح ضمها إليه، ٢/١٥٢أ وإلا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة.

وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد؛ مثل الأخ لأم، والخال، وأبو الأم؛ لانعدام العصوبة.

وقال محمد: إن كان للجارية ابن عم وخال، وكلاهما لا بأس في دينه، جعلها القاضي عند الخال، لأنه محرم وابن العم ليس بمحرم، فكان المحرم أولى، والأخ من الأب أحق من الخال؛ لأنه عصبة وهو أيضاً أقرب؛ لأنه مِنْ أولاد الأب والخال من أولاد الجد.

= والعصبة: جمع عاصب، سواء كان عاصباً نسبيًا، أو سببيًا، فهم أولى بحضانة الصغير، إن لم يكن له امرأة محرم من أهله، أو وجب انتزاعه من النساء،وأخذه الرجال، واختصموا فيه؛ فأولاهم به أقربهم تعصبياً، لأن الولاية للأقرب.

فيقدم الأب، ثم الجد وإن عَلاَ، والأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، وابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، وهكذا كل من سفل من أولادهم، ثم العم شقيق الأب، ثم ابن العم الشقيق؛ لأن الولاية لهم،والحضانة فرع من الولاية، فإن تعدد المستحقون للحضانة، وطلب كل منهم ضم الصغير إليه - قدم أصلحهم للصغير؛ فإن تساووا فِي الأَصْلَحِيَّةِ - قدم أورعهم، وهو من يترك الشبهات، اتقاء الوقوع في المحرمات؛ فإن تساووا فِي الأَوْرَعِيَّةِ، فأكبرهم سنًّا أحق بالحضانة، وينبغي أن يلاحظ الأنفع للصغير؛ فإنه أولى من غيره؛ لأن الغرض من الحضانة العمل على ما هو أنفع للولد، فإن تساووا من جميع الجهات - فالرأي للقاضي يضعه حيث شاء، لأنه نصب ناظراً لمصالح المسلمين، ولا تدفع الجارية للعصبة الفاسق، ولا إلى مولى العتاقة، ولا للأم التي ليست بمأمونة، تحرزاً عن الفتنة، بخلاف الغلام، فإنه يدفع إليهم.

وأيضاً إذا كان العاصب فاسقاً، وهو الذي لا يبالي بما يصنع، ويخشى على الولد منه، أو كان متصفاً بوصف يوجب ضياع الولد، وإهماله - فلا حق له في الحضانة، سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، بل ينتقل الحق إلى من يليه من العصبات، إن كان وإلا انتقل الحق إلى ذي رحمة المحرم، غير العصبة.

ينظر: الحضانة لشيخنا بكر داود.

وذكر الحسن بن زياد بأن الصبي إذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبو الأم؛ لأنه عصبته، والأخ لأب أولى من العم، وكذلك ابن الأخ لأنه أقرب، فإن لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء، فإن الأم أولى من الخال والأخ لأم؛ لأن لها ولاداً وهي أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الأرحام.

ومنها: إذا كان الصغير جارية أنْ تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها، فإن كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته، لم يكن له فيها حق؛ لأن في كفالته لها ضرر عليها، وهذه ولاية نظر، فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها، لا تسلم إليهم، وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها، إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت، وإن كانت بكراً.

ومنها: اتحاد الدين، فلا حق للعصبية في الصبي إلا أن يكون على دينه؛ كذا ذكر محمد، وقال: هذا قولُ أبي حنيفة وقياسُهُ؛ لأن هذا الحق لا يثبت إلا للعصبة، واختلاف الدين يمنع التعصيب.

وقد قالوا في الأخوين إذا كان أحدهما مسلماً والآخر يهودياً والصبيُّ يهوديٌّ ـ أن اليهودي أولى به؛ لأنه عصبة لا المسلم، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

ولا خيار للغلام والجارية إذا اختلف الأبوان فيهما قبل البلوغ عندنا، وقال الشافعي: يخير الغلام إذا عقل التخيير.

واحتج بما روي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ: أنَّ امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت: [إن][1] زوجي يريد أن ينتزع ابنه مني وإنه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة، فقال ﷺ: **«اسْتَهِمَا عَلَيْهِ»** فقال الرجلُ: مَنْ يشافني في ابني، فقال النبي ﷺ للغلام: **«اخْتَرْ أَيَّهُمَا شِئْتَ»**، فاختار أمه فأعطاها إياه[2] ولأن في هذا نظر للصغير؛ لأنه يحتاج الأشفق.

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (١/ ٦٩٣) كتاب الطلاق: باب من أحق بالولد حديث (٢٢٧٧) والترمذي (٣/ ٦٣٨) كتاب الأحكام: باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا حديث (١٣٥٧) وابن ماجه (٢/ ٧٨٧ ـ ٧٨٨) كتاب الأحكام: باب تخيير الصبي بين أخويه حديث (٢٣٥١) والنسائي (٦/ ١٨٥) كتاب الطلاق: باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، وأحمد (٢/ ٢٤٦) والحميدي (٢/ ٤٦٤) رقم (١٠٨٣) والشافعي في «الأم» (٥/ ٩٢) وأبو يعلى (١٠/ ٥١٢) رقم (٦١٣١) وابن حبان (١٢ ـ موارد) والحاكم (٤/ ٩٧) والبيهقي (٨/ ٣) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٢٣٧ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق أبي ميمونة عن أبي هريرة.

وقال الترمذي: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح وأبو ميمونة اسمه سليم.

وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وصححه أيضاً ابن حبان.

ولنا ما روينا عن النبي ﷺ أنه قال للأم: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تُنْكَحِي» وَلَمْ يخير؛ ولأن تخيير الصبي ليس بحكمة؛ لأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين، فيختار شَرَّ الأبوين، وهو الذي يهمله ولا يؤدبه.

وَأَمَّا حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ فالمراد منه التخيير في حق البالغ لأنها قالت: نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة، ومعنى قولها: نفعني، أي: كسب عليٍّ، والبالغ هو الذي يقدر على الكسب، وقد قيل إن بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه، فدل على أن المراد منه التخيير في حق البالغ، ونحن به نقول إن الصبي إذا بلغ يخير.

والدليل عليه ما روي عن عمارة بن ربيعة المخزومي؛ أنه قال: غزا أبي نحو البحرين، فَقُتِلَ، فجاء عمي ليذهب بي، فخاصمتْهُ أمي إلى علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ ومعي أخٌ لي صغيرٌ، فخيرني عليٌّ ـ رضي الله عنه ـ ثلاثاً فاخترت أمي فأبى عمي أن يرضى، فوكزه علي ـ رضي الله عنه ـ بيده، وضربه بدرَّتِهِ، وقال: لو بلغ هذا الصبي أيضاً خير[1]، فهذا يدل على أن التخيير لا يكون إلا بعد البلوغ.

فصل في مكان الحضانة

وأما بيان مكان الحضانة، فمكان الحضانة مكان الزوجين إذا كانت الزوجية بينهما قائمةً، حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أنْ يأخذ ولده الصغير ممَّن له الحضانة من النساء ـ ليس له ذلك حتى يستغني عنها؛ لما ذكرنا أنها أحق بالحضانة منه، فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من إبطال حقها؛ فضلاً عن الإخراج من البلد، وإن أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه إلى غيره، فللزوج أن يمنعها من الخروج، سواء كان معها ولد أو لم يكن؛ لأن عليها المقام في بيت زوجها؛ وكذلك إذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه، ولا يجوز للزوج إخراجها؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿لاَ تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

وأما إذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلد، فهذا على أقسام: إن أرادت/ أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه، فلها ذلك؛ مثل أن ٢/ ١٥٢ب تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها إلى الشام فولدت أولاداً، ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة، فأرادت أن تنقل أولادها إلى الكوفة، فلها ذلك، لأن المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده،

---

(١) أخرجه البيهقي (٨/ ٤) كتاب النفقات باب الأبوين إذا افترقا في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج.

وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها؛ لأن من تزوج امرأة في بلدها، فالظاهر أنه يقيم به، والولد من ثمرات النكاح، فكان راضياً بحضانة الولد في ذلك البلد، فكان راضياً بالتفريق إلاً أن النكاح ما دام قائماً يلزمها اتباعَ الزَّوج، فإذا زال فقد زال المانع، وإن وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها أن تنتقل بولدَها إلى بلدها بأن تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقةُ، فأرادت أن تنقل ولدها إلى الكوفة، لم يكن لها ذلك؛ لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها، فلم يكن راضياً بحضانة الولد فيه، فلم يكن راضياً بضرر التفريق، ولو أرادت أن تنقل الولد إلى بلد ليس ذلك ببلدها، ولكن وقع النكاح فيه، كما إذا تزوج كوفية بالشام فنقلها إلى البصرة، فوقعت الفرق بينهما، فأرادت أن تنتقل بأولادها إلى الشام ـ ليس لها ذلك؛ كذا ذكر في الأصل لأن ذلك البلد الذي وقع في النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج، بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج، فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه، فلم يكن راضياً بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه، فلم يكن راضياً بضرر التفريق، فاعتبر في الأصل شرطين:

أحدهما: أن يكون البلد الذي تريد أن تنقل إليه الولد بلدها.

والثاني: وقوع النكاح فيه، فما لم يوجدا لا يثبت لها ولاية النقل، وروي عن أبي يوسف أنَّ لها ذلك، واعتبر مكان العقد فقط، وإليه أشار محمد في الجامع الصغير، فقال: وإنما أنظر في هذا إلى عقدة النكاح أين وقعت، وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعاً لقول محمد في الجامع، وهذا غير سديد؛ لأن محمداً وإن أجمل المسألة في الجامع فقد فصلها في الأصل على الوجه الذي وصفنا، والمجمل يحمل على المفسر، وقد يكون المفسر بياناً للمجمل؛ كالنص المجمل من الكتاب والسنة إذا لحق به التفسير أنه يصير مفسراً من الأصل؛ كذا هذا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

هذا إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة، فإن كانت قريبة بحيث يقدر الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل، فلها ذلك؛ لأنه لا يلحق الأب كبير ضرر النقل بمنزلة النقل إلى أطراف البلد.

وأما أهل السواد، فالحكم في السواد كالحكم في المصر في جميع الفصول إلاً في فصل واحد، وبيانه أن النكاح إذا وقع في الرستاق فأرادت المرأة أن تنقل الصبي إلى قريتها، فإن كان أصل النكاح وقع فيها، فلها ذلك كما في المصر لما قلنا.

وإن كان وقع في غيرها، فليس لها نقلة إلى قريتها، ولا إلى القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما ذكرنا في المصر؛ وإن كانت قريبة على التفسير الذي ذكرنا، فلها ذلك كما في المصر.

وإن كان الأب متوطناً في المصر، فأرادت نقل الولد إلى القرية، فإن كان تزوجها فيها وهي قريتها، فلها ذلك، وإن كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وإن لم تكن تلك قريتها، فإن كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح، فلها ذلك كما في المصر، وإن كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك.

وإن كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين؛ لأن أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر، بل تكون أجفى، فيتخلق الصبي بأخلاقهم فيتضرر به، ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر؛ إذ لم يقع أصل النكاح في القرية، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم[1].

---

(١) إذا ثبت حق الحضانة للنساء ـ فلا يخلو الحال من أن تكون الحاضنة الأم، أو غيرها من الحاضنات.
فإن كانت الحاضنة الأم، وأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر، وزوجيتها بأبي الولد قائمة ـ فليس لها الانتقال إلى أي بلد آخر إلا بإذن زوجها؛ لأن قرارها في المسكن الشرعي الذي أعده لها حق له واجب عليها.
وإذا كانت في عدة طلاقه الرجعي، أو البائن ـ فليس لها الانتقال مطلقاً إلا بإذنه، ولا بغير إذنه، لأن اعتدادها في مسكن العدة حق للشرع واجب عليها.
وإذا كانت مطلقة، انتهت عدتها وأرادت أن تسافر بولدها في أثناء مدة الحضانة، وأراد أبوه منعها من ذلك ـ فالحكم كما يأتي: أولاً: أن تسافر بالولد إلى وطنها الذي تزوجها أبو الولد فيه، وفي هذه الحالة لها أن تسافر بالمحضون بغير إذن أبيه، وإن بعدت المسافة بين البلدين، وسواء كان الوطن حصراً، أو قرية، لأن مقتضى عقده عليها في بلد هو وطنها التزام الرضا بإقامتها فيه، إلا إذا كان المنتقل إليه دار حرب، والزوج مسلم، أو من أهل الذمة.
وإنما جاز لها السفر إلى وطنها الذي تزوجها فيه، لقوله ﷺ في مسند ابن أبي شيبة، حدثنا المعلى بن منصور، عن عكرمة، عن إبراهيم الأسدي، عن عبد الرحمٰن بن الحارث أن عثمان ـ رضي الله عنه ـ صلى بمنى أربعاً، ثم قال: قال رسول الله ﷺ «من تَأَهَّل في بلدةٍ ـ فهو من أهلِهَا يُصَلّي صلاة المقيم، وإني تأهّلت منذ قَدِمتُ مكّة» ورواه أبو يعلى كذلك، ولفظه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تزوج الرجل ببلد ـ فهو من أهله» وقال عثمان: «أتممتُ صلاتي؛ لأني تزوجت منها منذ قدمتها» انتهى «فتح».
ثانياً: أن تسافر بالولد إلى بلد ليس وطناً لها، ولم يعقد عليها فيه، أو إلى بلد عقد عليها فيه، وليس وطناً لها، أو إلى بلد هو وطناً لها، ولم يعقد عليها فيه؛ ففي هذه الأحوال الثلاثة ليس لها السفر وللأب أن يمنعها من الانتقال بالمحضون، إلا إذا كان هذا البلد مصراً قريباً؛ بحيث يمكن الأب أن يذهب إليه، ويرى ولده، ويعود قبل أن يدخل الليل؛ فإذا كان مصراً بعيداً، أو قرية مطلقاً، سواء كانت قريبة، أو بعيدة ـ فليس لها الانتقال بالمحضون، إلا بإذن الأب.
لكن قال في «الجامع الصغير»: أن لها السفر بالمحضون إلى مصر غير وطنها، ولو بعيداً؛ إذا كان قد عقد عليها فيه؛ وذلك لأن العقد متى وجد في مكان ـ يوجب أحكامه؛ كما يوجب البيع التسليم في مكانه، ومن جملة ذلك حق إمساك الولد، والأصح ما تقدم؛ وهو: عدم جواز السفر بدون إذن الأب وهو رواية كتاب الطلاق من الأصل.
ووجه ذلك: أن التزوج في دار القرية ليس التزاماً للمكث فيها عرفاً، وهذا هو الاصح؛ فإن لم يكن بين =

....

= المِصْرَيْن بُعْدٌ - فلا تمنع من الانتقال بالمحضون؛ لأنهما حينئذٍ في حكم بلدٍ واحدٍ، أو الثانية ضاحية من ضواحي الأولى، والحكم كذلك إذا أرادت الانتقال من قرية إلى مصْرٍ، لا بعد بينهما.

وأما غير الأم من الحاضنات - فليس لها أن تنتقل بالولد من محل حضانته إلا بإذن أبيه؛ وذلك لعدم العقد بينهما؛ لأن العقد على الزوجة في وطنها دليل ظاهر على الرضا بإقامتها بالولد فيه.

والحكمة في هذا: مراعاة مصلحة الصغير بالجمع بين حضانته بواسطة أمه، أو قريباته المحارم، وبين إشراف أبيه على تربيته؛ حتى لا تضار والدة بولدها، ولا مولود له بولده، ولا يحرم صغير من شفقة حاضنته ورعاية أبيه؛ ولهذه الحكمة نفسها ليس للأب أن يُخرجَ الصغير من البلد الذي تقيم فيه أمه ما دام في حضانتها التي هي أهل لها؛ لأن في هذا الإخراج تفويت حقها، وحق الصغير؛ فيمنع الأب منه، سواء كان البلد الذي يريد نقله إليه قريباً من أمه أو بعيداً، إلا إذا سقط حق الأم في الحضانة؛ لسبب من الأسباب، ولم يكن في البلد الذي هي فيه من ينتقل إليه حق حضانة الصغير، فللأب حينئذ أن ينقله من بلد أمه إلى البلد الذي فيه من لها الحق في الحضانة.

وإذا زال المانع من أهلية الأم للحضانة، وعاد إليها إليها استحقاقها - وجب على الأب أن يعيده إليها؛ حيث تقيم، وفي كل حال لا يكون للحاضنة حق السفر بالصغير، وإذا أبت ألا تسافر - سقط حقها في الحضانة، وانتقل الحق إلى من يليها، وإذا سقطت حضانة الأم، وأخذ الولد منها - لا يجبر الأب على إرساله إليها؛ لتراه، وإنما يثبت لها حق رؤيته، بحيث لا تُمنع من ذلك؛ كما أنه إذا كان الولد عندها، وأراد أبوه أن يرى ولده - فلا تجبر على إرساله إليه، بل تخرجه إلى مكان يمكنه أن يبصر ولده فيه قريباً منه.

وإذا انتهت مدة حضانة الولد، وأخذه الأب - فله أن يسافر به، وبذلك أفتى الخير الرملي، وكذا أفتى به في الحامدية حين سئل «في بنت بلغت من السن إحدى عشرة سنة، وهي عند أمها المطلقة من أبيها يريد أبوها أخذها من الأم، والسفر بها إلى بلدته التي هي فوق مدة السفر؛ فهل له ذلك؛ حيث سقطت حضانة الأم؟ فأجاب»: «نعم».

قال في «المجمع»: «ولا يخرج الأب بولده قبل الاستغناء».

وعلله في الشرح بقوله: «لما في ذلك من الإضرار بالأم؛ بإبطال حقها في الحضانة» ويؤخذ من هذا على أن حضانة الأم إذا سقطت - جاز له السفر بالولد، وكذا غير الأب من العصبة له أن يسافر بالولد بعد انتهاء مدة الحضانة؛ كما أنه يجوز لهم ذلك بعد سقوط حقها في الحضانة بالتزوج بالأجنبي، لكن قال في «التتارخانية» ما نصه: «الولد متى كان عند أحد الأبوين - لا يمنع الآخر عن النظر إليه».

ولا يخفى أن السفر أعظم مانع من رؤية الولد وتعهده وإلى هذا ذهب بعض مشايخ الحنفية؛ حيث قالوا: «ولا يجوز للأب أن يسافر بولده قبل مدة الحضانة، ولو سقط حق الحاضنة، إلا إذا كان الخروج به إلى مكان قريب، وهو ما يمكنها أن ترى ولدها، وترجع إلى منزلها في يومها الذي سافرت فيه، وذلك لأن لها حق التعهد والرؤيا لولدها بدون أن يلحقها مشقة في ذلك. ولا شك أن الخروج به إلى مكان بعيد يمنعها من ذلك، ولا يمكنها مشاهدة ولدها إلا بضرر ومشقة، فكان ممنوعاً، رفقاً بالأم.

ويؤخذ من عبارة الحاوي القدسي، وهي: «أن للأب إخراج ولده إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها فيه كل يوم؛ كما في جانبها، وأن هذا ثابت بعد انقضاء مدة الحضانة أيضاً». =

وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب، وإن كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد أن يكون زوجها مسلماً أو ذمياً؛ لأن في ذلك إضراراً بالصبي؛ لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة فيتضرر به، وإن كان كلاهما حربيين فلها ذلك؛ لأن الصبي تبع لهما، وهما من أهل دار الحرب، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم وهو الموفق.

= وذلك لإطلاق عبارته، فهي شاملة إلى ما بعد الاستغناء وهذا هو الأرفق بالأم، لكن قد علمت أن الفتوى على الأول، وهو أن الوالد له السفر بولده بعد انتهاء مدة حضانته، لأنه يجبر على أخذه لتربيته، وتثقيفه، وتعليمه.

ولا يمنع من السفر إلا في مدة الحضانة، وأما بعدها ـ فلا يمنع، وهو الأصح، والفتوى عليه اليوم.

ولا داعي لتعهد الأم له بعد مدة الحضانة، لأنه في حاجة إلى التخلق بأخلاق الرجال وآدابهم، وهو الذي يتوجه إلى أمه؛ ليراها. والله أعلم.

ينظر: الحضانة لشيخنا بكر داود.

كِتَابُ الإعْتَاقِ(١)

الكلام في هذا الكتاب في الأصلِ في مواضع: في بيان أنواع الإعتاق، وفي بيان ركن الإعتاق، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان صفة الإعتاق، وفي بيان حكم الإعتاق، وفي بيان وقت ثبوت حكمه، وفي بيان ما يظهر به الإعتاق.

أما الأول فالإعتاق في القسمة الأولى ينقسم إلى أربعة أقسام: واجب، ومندوب إليه، ومباح، ومحظور.

١٥٢ب أما الواجب/ فالإعتاق في: كفارة القتل، والظهار، واليمين، والإفطار، إلاَّ أنه في باب القتل والظهار والإفطار واجبٌ على التعيين عند القدرة عليه، في اليمين واجب على التخيير؛ قال الله ـ تعالى ـ في كفارة القتل والظهار: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة:٣] وفي كفارة اليمين: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة:٨٩] وأنه أمر بصيغة المصدر؛ كقوله ـ عزَّ وجل ـ: ﴿فَضَرْبُ الرِّقَابِ﴾

---

(١) العتق لغة: الحرية، يقال منه عتق يعتق عِتقاً وعَتقاً، بكسر العين وفتحها، عن صاحب «المحكم» وغيره، وعتيقة وعتاقاً وعتاقة؛ فهو عتيق، وعاتق، حكاها الجوهري، وهم عتقاء، وأمة عتيق، وعتيقة، وإماء عتائق، وخلف بالعَتاق، بفتح العين؛ أي: بالإعتاق. قال الأزهري: هو مشتق من قولهم: عتق الفرس: إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ: إذا طار واستقل؛ لأن العبد يتخلص بالعتق، ويذهب حيث يشاء. قال الأزهري، وغيره: إنما قيل لمن أعتق نسمة: إنه أعتق رقبة، وفك رقبة؛ فخُصَّت الرقبة دون سائر الأعضاء، مع أن العتق يتناول الجميع؛ لأن حكم السيد عليه، وملكه له كحبل في رقبته، وكالغل المانع له من الخروج، فإذا أعتق، فكأن رقبته أطلقت من ذلك.

انظر: ترتيب القاموس ٣/ ١٢٩.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: خروج الرقيق عن الملك لله تعالى.

عرفه الشافعية بأنه: إزالة الرق عن الآدمي.

عرفه المالكية بأنه: خلوص الرقيق من الرق بصيغة.

عرفه الحنابلة بأنه: تحرير الرقيق وتخليصه من الرق.

انظر: البحر الرائق ٤/ ٢٣٨، تبيين الحقائق ٣/ ٦٦، مغني المحتاج ٤/ ٤٩١، بلغة السالك ٢/ ٤٤١، كشاف القناع ٤/ ٥٠٨، الكافي ٢/ ٩٦١، الإشراف ٢/ ٣٧١.

[محمد:٤] وقوله - عزَّ وجلَّ -: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] وقوله - تعالى -: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨] ونحو ذلك.

وقال النبيُّ ﷺ في كفارة الإفطار: «**أَعْتِقْ رَقَبَةً**»[1].

وأما المندوب إليه فهو الإعتاق لوجه الله - تعالى - من غير إيجاب؛ لأن الشرع ندب إلى ذلك؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أَيُّمَا مُؤْمِنٍ أَعْتَقَ مُؤْمِناً فِي الدُّنْيَا، أَعْتَقَ اللَّهُ - تَعَالَىٰ - كُلَّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ**»[2].

وعن واثلة بن الأسقع[3] قال: أتينا رَسُولَ الله ﷺ في صاحب لنا قد أوجب،

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب الصيام.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ١٧٤) في العتق، باب في العتق وفضله (٢٥١٧) (١١/ ٦٠٧) في كفارات الأيمان، باب قول الله تعالى ﴿أو تحرير رقبة﴾ (٦٧١٥). ومسلم (٢/ ١١٤٧) في العتق، باب فضل العتق (٢٣/ ١٥٠٩) والنسائي في الكبرى (٣/ ١٦٨) في العتق، باب فضل العتق (٤٨٧٤ - ٤٨٧٦) وأحمد (٢/ ٤٢٠، ٤٢٢، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٤٧، ٥٢٥) والبيهقي (١٠/ ٢٧١)، والبغوي في شرح السنة (٥/ ٢٥٢) (٢٤٠٩) من طرق عن سعيد بن مرجانة عن أبي هريرة مرفوعاً «من اعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار حتى يعتق فرجه بفرجه».

وفي الباب عن جماعة من الصحابة منهم كعب بن مرة. وعمرو بن عبسة وعقبة بن عامر.

فأما حديث كعب بن مرة فرواه أبو داود (٢/ ٤٢٥) في العتق باب أي الرقاب أفضل؟ (٣٩٠)، وابن ماجة (٢/ ٨٤٣) في العتق، باب العتق (٢٥٢٢) والنسائي في الكبرى (٣/ ١٦٩ - ١٧٠) (٤٨٨٠ - ٤٨٨٤)، وأحمد (٤/ ٢٣٥) مرفوعاً «من أعتق امرأ مسلماً كان فكاكة من النار، يجزي كل عظم منه بكل عظم منه، ومن أعتق امرأتين مسلمتين، كانتا فكاكة من النار يجزي بكل عظمين منهما عظم منه».

وأما حديث عمرو بن عبسة فرواه أبو داود (٣٩٦٦) والترمذي (١٦٣٤) في فضائل الجهاد، والنسائي (٦/ ٢٦) في الجهاد، باب ثواب من رضي في سبيل الله، وأحمد (٣/ ١١٣، ٣٨٦) مرفوعاً ومن أعتق رقبة مؤمنة كانت فداءه من النار.

وأما حديث عقبة بن عامر فرواه أحمد (٤/ ١٤٧)، والطيالسي (١/ ٢٤٣) (١١٩٣) وأبو يعلى (١٧٦٠) والحاكم (٢/ ٢١١) وصححه ووافقه الذهبي.

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٤٥): رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني ورجاله رجال الصحيح خلا قيس الجزامي ولم يضعفه أحد».

وينظر سنن النسائي الكبرى (٣/ ١٦٨ - ١٧١) وشرح السنة (٥/ ٢٥٢ - ٢٥٥)، والمستدرك (٢/ ٢١١ - ٢١٣) - ونصب الراية (٣/ ٢٧٧ - ٢٧٨).

وكان بعض أهل العلم يستحب ألا يكون العبد الذي يعتقه خصياً لينال بعتقه الموعود في الحديث.

(٣) واثلة بن الأسقع بن كعب بن عامر من بني ليث بن عبد مناة ويقال: ابن الأسقع بن عبد الله بن عبد ياليل بن ناشب بن غيرة، ابن سعد بن ليث. وصحح ابن أبي خيثمة أنه واثلة بن عبد الله بن الأسقع كان ينسب إلى جده، ويقال: الأسقع لقب، واسمه عبد الله قال الواقدي: يكنى أبا قرصافة. وقال غيره: يكنى أبا الأسقع، ويقال: أبو محمد، ويقال: أبو الخطاب، ويقال: شداد. ووهم البخاري في ذلك، أسلم قبل تبوك، وشهدها.

فقال ﷺ: **«اعْتِقُوا عَنْهُ رَقَبَةً يُعْتِقِ اللَّهُ ـ تَعَالَىٰ ـ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ»**[1].

وعن أبي[2] نجيح السلمي قال: كُنَّا مع رسولِ اللَّهِ ﷺ بالطائف، فسمعته يقول: **«مَنْ رَمَىٰ بِسَهمٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَلَهُ دَرَجَةٌ فِي الجنَّةِ، وَمَنْ شَابَ شَيْبَةً فِي الإِسْلاَمِ كَانَتْ لَهُ نُوراً يَوْمَ القِيَامَةِ، وأَيُّمَا رَجُل مُسْلِم أَعْتَقَ رَجُلاً مُسْلِماً، كَانَ بِهِ وَقَاء كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِ يحرره مِنَ النَّار، وَأَيُّمَا امْرَأَة مُسْلِمَة أَعْتَقَتْ امْرَأَةً مُسْلِمَة كَانَ بِهَا وَقَاء كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِ تحررها مِنَ النَّارِ»**[3].

وعن البراء بن عازب ـ رضي الله عنه ـ قال: جاء أعرابيٌّ إلى النبي ﷺ فقال: يا رسولَ الله، علمني عملاً يدخلني الجنة، فقال ﷺ: **«أَعْتِقِ النَّسَمَةَ، وَفُكَّ الرَّقَبَةَ»** فَقَال: أَوَلَيْسَا واحداً، فقال ﷺ: **«لا، عِتْقُ النَّسَمَةِ أَنْ تَنْفَرِدَ بِعِتْقِهَا، وَفَكُّ الرَّقَبَةِ أَنْ تُعِينَ فِي [إِفْكَاكِهَا]**[4][5] وفي بعض الروايات: **«أَنْ تُعِينَ فِي ثَمَنِهَا»**.

وأما المباح فهو: الإعتاق من غير نيةٍ لوجود معنى الإباحة، وهي تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعاً.

وأما المحظور فهو: أن يقول لعبده: أنت حُرٌّ لوجه الشيطان ويقع العتق لوجود ركن الإعتاق وشرطه وقوله: «لوجه الشيطان»؛ لبيان الغرض ونقسمه أيضاً أقساماً أخر نذكرها في مواضعها، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

= ينظر أسد الغابة ت ٥٤٢٩ والعبر (١/ ٩٩) الإصابة (٦/ ٤٦٢) والتهذيب (١١/ ١٠٤).

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٩) كتاب العتق باب في ثواب العتق حديث (٣٩٦٤) وأحمد (٤/ ٤٩٠ ـ ٤٩١) والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨/ ١٣٢) من حديث واثلة بن الأسقع.

(٢) في أ: ابن.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/ ٣٠) كتاب العتق باب أي الوقاب أفضل حديث (٣٩٦٧) والنسائي (٦/ ٢٦ ـ ٢٨) كتاب الجهاد باب ثواب من رمى بسهم، والترمذي (٤/ ١٤٩) كتاب فضائل، الجهاد: باب ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله حديث (١٦٣٧) وأحمد (٤/ ٣٨٦) كلهم من حديث أبي نجيح السلمي.
وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٤) في أ: نكاحها.

(٥) أخرجه أحمد (٤/ ٢٩٩) والطيالسي (٢/ ٣٠ ـ منحة) رقم (٢٠٠٩) وابن حبان (١٢٠٩ ـ موارد) والحاكم (٢/ ٢١٧) والبيهقي (١٠/ ٢٧٢ ـ ٢٧٣) كتاب العتق: باب فضل اعتاق النسمة وفك الرقبة، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٢٥٤) كلهم من حديث البراء بن عازب وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٤٣) وقال: رواه أحمد ورجاله ثقات.

فصل في ركن الإعتاق

وأما ركن الإعتاق فهو: اللفظ الذي جُعِلَ دلالةً على العتق في الجملة، أو ما يقوم مقام اللفظ، فيحتاج فيه إلى بيان الألفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة إما مع النية أو بدون النيةِ، وإلى بيان ما لا يثبت به العتق من الألفاظ رأساً.

أمَّا الأول: فالألفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة فتنقسم ثلاثة أقسام: صريح، وملحق بالصريح، وكناية.

أما الصريح فهو: اللفظ المشتق من العتق أو الحرية[1] أو الولاء؛ نحو قوله: أَعْتَقْتُكَ، أو حَرَّرْتُكَ، أو أنت عَتِيقٌ، أو مُعْتَقٌ، أو أنت مولاي؛ لأن الصريح في اللغة: اسم لما هو ظاهرُ المعنى مكشوفُ المراد عند السامع، وهذه الألفاظ بهذه الصفة: أما لفظ العتق والحرية، فلا شَكَّ فيه؛ لأنه لا يستعمل إلا في العتق، فكان ظاهر المراد عند السامع[2]، فكان صريحاً، فلا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق؛ إذ النية لتعيين المحتمل، وأما لفظ الولاء: فالمولى وإن كان من الألفاظ المشتركة في الأصل لوقوعه على مسمياتٍ مختلفةِ الحدودِ والحقائق ـ بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما.

فإنه يَقَعُ على الناصر، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَىٰ الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لاَ مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [محمد: ١١] ويقع على ابن العم، قال الله ـ تبارك وتعالى ـ خبراً عن نبيه زكريا ـ عليه الصلاة والسلام ـ: ﴿وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوالِيَ مِنْ وَرَائِي﴾ [مريم: ٥]، ويقع على المعتِقْ والمعتَق، لكن هٰهنا لا يحتمل معنى الناصر؛ لأن المولى لا يستنصر بعبده، ولا ابن العم إذا كان العبد معروف النسب، ولا المُعْتِقِ إذ العبد لا يعتق مولاه، فتعين المعتق مراداً به، واللفظ المشترك يتعين بعض الوجوه الذي يحتمله مراده بدليلٍ معين، فكان صريحاً في العتق، فلا يحتاج إلى النية؛ كقوله: أنت حُرٌّ، أو عَتِيقٌ؛ وكذا إذا ذكر هذه الألفاظ بصيغة النداء؛ بأن قال: يا حُرٌّ، يا عَتِيق، يا مُعْتَقُ؛ لأنه ناداه بما هو صريحٌ في الدلالة على العتق؛ لكون اللفظ موضوعاً للعتق والحرية، ولا يعتبر المعنى بالموضوعات، فيثبت العتق من غير نية؛ كقوله: أنْتَ حُرٌّ، أو عَتِيقٌ، أو مُعْتَقٌ.

---

(١) لأنَّ هذين اللَّفظَيْنِ ورَدا في الكتابِ والسّنّةِ، وهما يُسْتعمَلانِ في العِتْقِ عُرْفاً، فكانا صَرِيحَيْنِ فيه، فمتى أَتَى بشَيْءٍ من هذه الألفاظِ، حصَلَ به العِتْقُ، وإن لم يَنْوِ شَيْئاً، عَتَقَ أيضاً.
ينظر: المغني (١٤/ ٣٤٥).

(٢) في أ: السماع.

وذكر محمد أنه لو كان اسم العبد حُرّاً وعُرف بذلك الاسم، فقال له: يا حر، لا يعتق؛ لأنه إذا كان مسمى بذلك الاسم معروفاً به فالنداء[١] يحمل على الاسم العَلَم لا على الصفة، فلا يعتق؛ وكذا إذا قال له: يا مولاي، يُعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: لا يعتق من غير نيةٍ.

١٥٣أ وجه قوله أن قوله: «يا مولاي» يحتمل التعظيم[٢]،/ ويحتملُ العتق[٣]، فلا يحمل على التحقيق إلا بالنية؛ كقوله: يا سيدي ويا مالكي.

ولنا أن النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد[٤] وإكرامه عادةً، وإنما يراد به الإعتاق فيحمل عليه؛ كأنه[٥] قال: أنت مولاي، ولو قال ذلك يعتق عليه؛ كذا هذا، بخلاف قوله: يا سيدي ويا مالكي؛ لأن هذا قد يذكر على وجه التعظيم والإكرام، فلا يثبت به العتق من غير قرينة، وعلل محمد ـ رحمه الله ـ لهذا فقال: لأنَا إنما أعتقناه في قوله: «يا مولاي» لأجل الولاء، لا لأجل الملك، ومعناه ما ذكرنا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو قال في شيء من هذه الألفاظ من قوله: «أعتقتك» أو نحوه عنيت به الخبر كذباً لا يصدق في القضاء؛ لعدوله عن الظاهر؛ لأنه يستعمل في إنشاء العتق في عرف اللغة والشرع؛ كما يستعمل في الإخبار؛ فإن العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة، وفي الحمل على الخبر حمل على الكذب، وظاهر حال العاقل بخلافه، فلا يصدق في القضاء كما لو قال لامرأته: طلقتُك، ونوى به الإخبار كذباً لا يصدق في القضاء، ويصدق به فيما بينه وبين الله ـ عزَّ وجلَّ ـ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه؛ لأنه يحتمل الإخبار، وإن كان إرادته الخبر خلاف الظاهر.

ولو قال: عنيت به أنه كان خبراً، فإن كان مؤكداً لا يصدق أصلاً؛ لأنه كذبٌ محضٌ، وإن كان إنشاءً، لا يصدق قضاء؛ لأن الظاهر إرادة الإنشاء من هذه الألفاظ، فلا يصدق في العدول عن الظاهر، وَيُصَدَّقُ ديانةً؛ لأن اللفظ يحتمل الإخبار عن الماضي.

ولو قال أنتَ حُرٌّ من عمل كذا، أو أنت حُرٌّ اليوم من هذا العمل، عُتِق في القضاء؛ لأن العتق بالنسبة إلى الأعمال والأزمان لا يتجزَّأ؛ لاستحالة أن يعتق اليوم ويرق[٦] غداً، أو يعتق في عمل ويرق في عمل، فكان الإعتاق في عمل دون عمل، وفي زمان دون زمان إعتاقاً عن[٧]

---

(١) في ط: لندائه.
(٢) في أ: التعطف.
(٣) في أ: التحقيق.
(٤) في أ: تعطف العبد.
(٥) في أ: كان.
(٦) في ط: ويسترق.
(٧) في ط: من.

الأعمال كلها، وفي الأزمان بأسرها، فإذا نوى [به][(١)] بعض الأعمال والأزمان، فقد نوى خلاف الظاهر، فلا يصدقه القاضي؛ وكذا إذا قال أنت مولاي، وقال: عنيتُ به الموالاة في الدين، لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر إذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهراً، ويصدق ديانةً؛ لأن اللفظ يحتمل ما نوى.

ولو قال: ما أنت إلاَّ حُرٌّ، عُتِق؛ لأن قوله: ما أنت إلاَّ حر، آكدُ من قوله أنت حر؛ لأنه إثبات بعد النفي؛ كقولنا: لا إله إلاَّ الله.

ولو قال: أنت حر لوجه الله ـ تعالى ـ عتق؛ لأن اللاَم في قوله: «لوجه الله تعالى» لامُ الغرض، فقد نجز الحرية وبين أن غرضه من التحرير وجه الله ـ عزَّ وجلَّ ـ؛ وكذا لو قال لعبده: أنت حر لوجه الشيطان عتق، ذكره محمد ـ رحمه الله ـ في الأصل لأنه أعتقه بقوله: أنت حر، وبين غرضه الفاسد من الإعتاق، فلا يقدح في العتق، ولو دعى عبده سالماً، فقال: يا سالم، فأجابه مرزوقٌ، فقال: أنت حُرٌّ، ولا نية له عتق الذي أجابه؛ لأن قوله: أنت حر، خطاب والمتكلم أولَىٰ بصرف الخطاب إليه من الساكت.

ولو قال: عنيت سالماً، عُتِقَا في القضاء، أما مرزوق؛ فلأنَّ الإشارة مصروفة إليه لما بينا، فلا يصدق في أنه ما عناه، وأما سالم فبإقراره، وأما فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ فإنما يعتق الذي عناه خاصَّةً؛ لأن الله ـ تعالى ـ يطلع على سره، ولو قال: يا سالم أنت حُرٌّ، فإذا هو عبدٌ آخر له أو لغيره، عُتق سالم؛ لأنه لا مخاطب هٰهنا إلاَّ سالم، فيصرف قوله: أنت حر إليه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الذي هو ملحق بالصريح فهو: أن يقول لعبده: وَهَبْتُ لك نَفْسَكَ، أو وهبت نفسك منك، أو بعت نفسك منك، ويعتق سواء قَبِلَ أو لم يقبل، نوى أو لم ينو؛ لأن الإيجاب من الواهب أو البائع إزالة الملك من الموهوب [أو المبيع][(٢)]، وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما، وهٰهنا لا يثبت للعبد في نفسه، لأنه لا يصلح مملوكاً لنفسه، فتبقى الهبة والبيع إزالة الملك عن الرقيق لا إلى أحد، وهذا هو معنى الإعتاق؛ ولهذا لا يفتقر إلى القبول، فلا يحتاج إلى النية أيضاً؛ لأن اللفظَ صريحٌ في الدلالة على زوال الملكِ عن الموهوب والمبيع، والإعتاق إزالة الملك، وقد قال أبو حنيفة: إذا قال لعبده: وهبت لك نفسك، وقال: أردتُ وهبت له عتقه، أي: لا أعتقه، لم يصدق في القضاء؛ لأن الهبة وضعت لإزالة الملك عن الموهوب وهبة العتق إستبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهرالكلام، فلا يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله ـ عزَّ وجلَّ ـ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: للبيع.

١٥٣ب وروي عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت/ مولى فلان، أو عتيق فلان - أنه يعتق في القضاء؛ لأنه أخبر أنه معتق فلان، ولا يكون معتق فلان إلاَّ وَأنْ يكون مملوكاً لفلان فأعتقه، فإن [قال][(١)] اعتقك فلان فليس بشيء؛ لأن قَوْلَهُ أعتقك فلان يحتمل أنه أراد أن فلاناً أنشأ العتق فيك، ولا يكون ذلك إلاَّ بعد الملك، ويحتمل أنه أراد به أنه قال لك للحال أنت حر، ولا ملك له فيه، فلا يعتق بالشك، والله أعلم.

ومن هذا القبيل إذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه، عُتق عليه، نوى أو لم ينوِ عند عامة العلماء؛ لأن شراءه جعل إعتاقاً شرعاً حتى تتأدى به الكفارة إذا اشترى أباه ناوياً عن الكفارة في قول أصحابنا الثلاثة؛ خلافاً لزفر والشافعي، وعند مالك لا يعتق إلا بإعتاق مبتدأ.

والأصل أن كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية أو بالإرث، يُعتق عليه.

وقال مالك: لا يعتق ما لم يعتقه.

وقال الشافعي: لا يعتق بالملك إلا من له ولاد، فأما من لا ولاد له، فلا يعتق إلا بإعتاق مبتدأ[(٢)].

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال ابن قدامة: وإذا مَلَكَ المَريضُ مَن يَعْتِقُ عليه بغير عِوَضٍ، عَتَقَ ووَرِثَ. وبهذا قال مالِكٌ، وبعضُ أصْحابِ الشافِعِيِّ. وحكاه الْخَبْرِيُّ مَذْهَباً للشافِعِيِّ. ولا خِلافَ بين هؤلاءِ في أنَّه إذا مَلَكَه بالمِيرَاثِ، أنَّه يَعْتِقُ ويَرِثُ. وقال أبو حنيفةَ: إن حَمَلَه الثُّلُث، عَتَقَ ووَرِثَ، وإلاَّ سَعَى فيما بَقِيَ عليه، ولم يَرِثْ. ولم يُفَرِّقْ بين أن يَمْلِكَه بِعِوَضٍ أو غيره.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُحْتَسَبُ مِيرَاثُهم من قِيمَتِهِم، فإن فَضَلَ شيءٌ أَخَذَه، وإن فَضَلَ عليهم شيءٌ سَعَوْا فيه. ولَنا، أنَّ المَرِيضَ لم يَضَعْ فيهم شيئاً من مالِه، وإنَّما تَعَاطَى سَبَبَ مِلْكِهِم على وَجْهٍ لم يَسْتَقِرَّ، وزَالَ بغيرِ إِزَالَتِه، فلم يُحْتَسَبْ عليه من ثُلُثِه، كما لو اتَّهَبَ شَيْئاً فَرَجَعَ الواهِبُ فيه قبلَ قَبْضِه، أو اشْتَرَى شَيْئاً فيه غِبْطَةٌ بِشَرْطِ الخِيَارِ ففَسَخَ البائِعُ، أو وَجَدَ بالثَّمَنِ عَيْباً ففَسَخَ البَيْعَ، أو تَزَوَّجَتِ المَرْأَةُ فَطُلِّقَتْ قبلَ الدُّخُولِ. وإذا لم تَكُنْ وَصِيَّةٌ تُحْتَسَبُ عليه من الثُّلُثِ، لَم يُمْنَع المِيرَاثَ، كما لو ملَكه بالمِيرَاثِ عندَ من سَلَّمه، أو كما لو كان ذلك في صِحَّتِه، فإن مَلَكَه بِعِوَضٍ، كالشِّرَاءِ، فحكى الْخَبْرِيُّ عن أَحْمَدَ، أنَّه يعتق ويَرِثُ وهذا قولُ ابنِ الماجِشُون، وأهلِ البَصْرَةِ. وقال القاضي في «المُجَرَّدِ»: إن مَلَكَه بِعِوَضٍ، وخَرَجَ من الثُّلُثِ، عَتَقَ ووَرِثَ، وإلاَّ عَتَقَ منه بِقَدْرِ الثُّلُثِ. وهذا قول مالِكٍ. وقال الخبرِيُّ: وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشافِعِيِّ. وحكى غيره عن الشافعِيِّ أنَّه لا فَرْقَ عندَه بين أن يَمْلِكَه بِعِوَضٍ أو غيره، وأنَّه إن خَرَجَ مِن الثُّلُثِ عَتَقَ، وإلاَّ عَتَقَ منه بِقَدْرِ الثُّلُثِ، ولا يَرِثُ في الحالَيْنِ؛ لأنه لو وَرِثَ لَكان إعْتاقُه وَصِيَّةً لِوَارِثٍ، فيَبْطُلُ عِتْقُه، ويَبْطُلُ مِيرَاثُه، لِبُطْلانِ عِتْقِه، فيُؤَدِّي تَوْرِيثُه إلى إبطالِ تَوْرِيثِه، فصَحَّحْنا عتقَه ولم نُوَرِّثْه، لئَلاَّ يُفضِيَ إلى ذلك. ومذهبُ أبي حنيفةَ وصاحِبَيْه في هذا، كمَذْهَبِهِم فيما إذا مَلَكَهُ بِغيرِ عِوَضٍ. =

أما مالك فإنه احتج بما روى أبو داود في سننه بإسناده، عن أبي هريرة، عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ عَنْ**[1] **وَالِدَهُ إلاَّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ**»[2] حقق ﷺ الإعتاق عقيب الشراء، ولو كان الشراء نفسه إعتاقاً لم يتحقق الإعتاق عقيبه؛ لأن إعتاق المعتق لا يتصور، فدل أن شراء القريب ليس بإعتاق؛ ولأن الشراء إثبات الملك،

= ولَنا، على إعْتاقِه قولُ النبيِّ ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِم مَحْرَم، فَهُوَ حُرٌّ». ولأنَّه مِلْكٌ وُجِدَ معه ما يُنَافِيه، فبَطَلَ، كمِلْكِ النِّكاحِ مع مِلْكِ الرَّقَبةِ، أعْنِي فيما إذا اشتَرَىٰ أحَدُ الزَّوْجَيْنِ صاحِبَه. وإذا عَتَقَ وَرِثَ؛ لأنَّه وُجِد سَبَبُ المِيراثِ عَرِيًّا عن المَوانِعِ، فورِثَ، كما لو وَرِثَه. وقولُهم: إن عَتْقَه وَصِيَّةٌ. لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ فِعْلُه، والعِتْقُ هٰهُنا يَحْصُلُ من غير اخْتِيارِه ولا إرَادَتِه، ولأنَّ رَقَبَةَ المُعْتَقِ لا تَحْصُلُ له، وإنَّما تَتْلَفُ مالِيَّته وتَزُولُ، فيَصِيرُ ذلك كتَلَفِه بِقَتْلِ بعضِ رَقِيقِه، أو كإتْلافِ بعضِ مالِه في بِنَاءِ مَسْجِدٍ، مثال ذلك، مَرِيضٌ وُهِبَ له ابْنُه، فَقبِلَه وقِيمَتُه مائةٌ، ثم ماتَ المَرِيضُ، وخَلَفَ ابْناً آخر ومائتَيْنِ، فإنَّه يَعْتِقُ، ويُقاسِمُ أخَاه المائتَيْنِ، في قول الأكْثَرِينَ. وعند الشافِعِيِّ، فيما حكى عنه غيرُ الْخَبْرِيِّ، يَعْتِقُ ولا يَرِثُ شَيْئاً. وعند صاحِبَيْ أبي حنيفةَ، يَعْتِقُ وله نِصْفُ التَّرِكَةِ، فيُحْتَسَبُ عليه بِقِيمَتِه ويَبْقَى له خَمْسُونَ. وإن كان باقِي التَّرِكَةِ خَمْسِينَ، فعندَنا يَعْتِقُ، وله نِصْفُ الخَمْسِينَ. وهو قولُ مالِكٍ. وعند أبي حنِيفةَ، يَعتِقُ نِصْفُه، ويَسْعَى في باقِيه، والخَمْسُونَ كلُّها لأخِيه. وقال صاحِبَاه: يَعْتِقُ ثَلاثَة أرْباعِه. وعند الشافِعِيِّ، في قولِ غيرِ الْخَبْرِيِّ، يَعْتِقُ نِصْفُه، ويَرِقُّ نِصْفُه، ونصفُه الرَّقِيق والخَمْسُون كلُّها لأخِيه. وإن كان باقِي التَّرِكَة ثَلاثَمائة، فعندَنا يَعْتِقُ وله مائة وخَمْسُونَ، وعند الشافِعِيِّ، يَعْتِقُ ولا يَرِثُ شَيْئاً. وعند صاحِبَيْ أبي حنيفةَ، يَعْتِقُ وله مائةٌ. فإن كان اشْتَرَى ابنَه بمائةٍ، وماتَ، وخَلَّفَ ابناً آخَرَ ومائةً أُخرى، فعلى الرِّوَايَةِ الأولَى، يَعْتِق ويُقَاسِمُ أخاه المائةَ الباقِيةَ. وعلى ما حَكَاهُ القاضِي، يَعْتِقُ منه ثُلُثَاه، ويَرِثُ أرْبَعِينَ، ويَعتِقُ باقِيه على أخِيه، ولا يَرِثُ بذلك الجُزْءِ شَيْئاً؛ لأنَّ عَتْقَه حَصَلَ بعد مَوْتِ أبِيه. وعند الشافِعِيِّ يَعْتِقُ ثُلُثَاه، ولا يَرِثُ. /وقال أبو حنيفةَ: يَعْتِقُ ثُلُثَاه، ويَسْعَى في باقِيه، ولا يَرِثُ. وعند صاحِبَيه، يَعْتِقُ كلُّه، ولا يَرِثُ شَيْئاً، فإن كان قد تَصَدَّقَ قبلَ ذلك بِثُلُثِه، أو حَابَى به، لم يَعْتِقْ، لأنَّ الثلث قد ذَهَبَ.

ينظر: المغني (٨/ ٣٩٨ ـ ٤٠٠).

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٨) كتاب العتق: باب فضل عتق الوالد حديث (٢٥/ ١٥١٠) والبخاري في «الأدب المفرد» حديث (١٠) وأبو داود (٥/ ٣٤٩) كتاب الأدب: باب بر الوالدين حديث (٥١٣٧) والترمذي (٤/ ٣١٥) كتاب البر والصلة: باب في حق الوالدين حديث (١٩٠٦) والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٧٣) كتاب العتق: باب أي الرقاب أفضل حديث (٤٨٩٦) وابن ماجه (٢/ ١٢٠٧) كتاب الأدب: باب بر الوالدين حديث (٣٦٥٩) وأحمد (٢/ ٢٣٠) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٧١) والطيالسي (٢٤٠٥) وابن حبان (٤٢٥ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٩) كتاب العتاق: باب الرجل يملك ذا رحم محرم منه وابن عدي في «الكامل» (٣/ ٥٧ ـ ٥٨) والبيهقي (١٠/ ٢٨٩) ـ وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٤٥) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٤/ ٣٠٦) والبغوي في شرح السنة» (٥/ ٢٦١ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: لا يجزىء ولد والداً إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه.

والإعتاق إزالة الملك وبينهما مغافاة، فكيف يكون اللفظ الواحد إثباتاً وإزالةً.

ولنا ما روي عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنهُ، فَهُوَ حُرٌّ**»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٤١٩، ٤٢٠) كتاب «العتق»: باب «فيمن ملك ذا رحم محرم» رقم (٣٩٤٩) والترمذي (٣/ ٦٣٧) كتاب «الأحكام»: باب «ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم» رقم (١٣٦٥)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٧٣) كتاب «العتق»: باب «ذكر اختلاف الناقلين في خبر سمرة في ذلك والاختلاف على قتادة فيه»، رقم (٤٨٩٨/ ١ ـ ٤٨٩٩/ ٢ ـ ٤٩٠٠/ ٣ ـ ٤٩٠١/ ٤ ـ ٤٩٠٢/ ٥) وابن ماجه (٢/ ٨٤٣) كتاب «العتق»: باب «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رقم (٢٥٢٤)، وأحمد (٥/ ١٥ ـ ١٨ ـ ٢٠)، والحاكم (٢/ ٢١٤)، والبيهقي (١٠/ ٢٨٩) كتاب «العتق»: باب «من يعتق بالملك»، والطبراني (٧/ ٢٤٩) رقم (٦٨٥٢).

قال أبو داود: ولم يحدث ذلك الحديث إلا حماد بن سلمة، وقد شك فيه.

قال الترمذي: هذا الحديث لا نعرفه مسنداً، إلا من حديث حماد بن سلمة.

وفي الباب من حديث عمر بن الخطاب موقوفاً: أخرجه أبو داود (٢/ ٤٢٠) كتاب «العتق»: باب «فيمن ملك ذا رحم محرم» رقم (٣٩٥٠)، «والترمذي» (٣/ ٦٣٨) كتاب «الأحكام»: باب «ما جاء في من ملك ذا رحم محرم» رقم (١٣٦٥)، والبيهقي (١٠/ ٢٨٩) كتاب «العتق»: باب «من يعتق بالملك».

وفي الباب من حديث الحسن موقوفاً:

أخرجه أبو داود (٢/ ٤٢٠) كتاب «العتق»: باب «فيمن ملك ذا رحم محرم» رقم (٣٩٥١) وفي الباب عن جابر بن زيد والحسن:

أخرجه أبو داود حديث رقم: (٣٩٥٢): قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٧٩، ٢٨٠).

أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ، قال: «من ملك ذا رحم محرم منه، فهو حر». انتهى. أخرجه أبو داود عن موسى بن إسماعيل عن حماد؛ وسعيد؛ والباقون عن جماعة عن حماد، قال أبو داود: لم يرو هذا الحديث إلا حماد بن سلمة، وقد شك فيه، فإن موسى بن إسماعيل قال في موضع آخر: عن سمرة ـ فيما يحسب ـ حماد؛ وقد رواه شعبة مرسلاً عن الحسن عن النبي ﷺ، وشعبة أحفظ من حماد؛ وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مسنداً إلا من حديث حماد بن سلمة. وقال في «علله الكبرى»: وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث، فلم يعرفه عن الحسن عن سمرة، إلا من حديث حماد بن سلمة، ويروى عن قتادة عن الحسن عن عمر، انتهى. قلت: رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن عبد الكريم عن الحسن عن النبي ﷺ، فذكره مرسلاً؛ ورواه البيهقي بسند السنن، وقال: إذا انفرد به حماد، وشك فيه، وخالفه من هو أحفظ منه وجب التوقف فيه؛ وقد أشار البخاري إلى تضعيفه، وقال علي بن المديني: هذا عندي منكر، انتهى. وأخرجه الحاكم في «المستدرك» من طريق أحمد بن حنبل به عن حماد بن سلمة عن عاصم الأحول، وقتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً، وسكت عنه، ثم أخرجه عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً: من ملك ذا رحم فهو حر. انتهى.

وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، وشاهده الحديث الصحيح المحفوظ عن سمرة بن جندب، انتهى. وقال صاحب «التنقيح»: وقد تكلم في هذا الحديث بسبب انفراد جماعة، وشكه فيه، ومخالفة غيره ممن هو أثبت منه؛ وقد أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد، وذكر أبو داود فيه عن =

وعن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: جاء رَجُلٌ إلى النبِّي ﷺ فقال: يا رسولَ الله دخلتُ السوقَ فوجدتُ أخي يُباع، فاشتريته، وأنا أريدُ أن أعتقه، فقال له ﷺ: **«إنَّ اللّه ـ تعالى ـ قَدْ أَعْتَقَهُ»**[1] والحديثان حجة على مالك والشافعي، ومعنى قول النبِّي ﷺ، في حديث أبي هريرة: «فتعتقه» أي: تعتقه بالشراء، يحمل على هذا عملاً بالأحاديث كلها؛ صيانةً لها عن التناقض.

وأما قوله: الشراء إثبات الملك، والإعتاق إزالة الملك، فنعم، ولكن الممتنع إثبات حكم وضده بلفظ واحد في زمان واحد، وأما في زمانين فلا؛ لأن علل الشرعَ في الحقيقة دلائلُ وأعلام على المحكومات الشرعية، فيجوز أن يكون لفظ الشراء السابق علماً على ثبوت الملك في الزمان الأول، وذلك اللفظ بعينه علماً على ثبوت العتق في الزمان الثاني؛ إذ لا تنافي عند اختلاف الزمان.

وأما الكلام مع الشافعي، فمبني على أن القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد، وهي قرابة الأخوة والعمومة والخؤولة، حرامُ القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها، وعلى هذا يبنى وجوب القطع بالسرقة ووجوب النفقة في هذه القرابة أنه لا يقطع، ويجب النفقة عندنا؛ خلافاً له، ولا خلاف في أن قرابةَ الولاد حرام القطع، ولا خلاف أيضاً في أن القرابة التي لا تحرم النكاح؛ كقرابة بني الأعمام، غير محرمة القطع، فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بني الأعمام، ونحن نلحقها بقرابة الولاد.

= سمرة فيما يحسب حماد، وقد رواه سعيد عن قتادة عن عمر بن الخطاب من قوله: وقتادة لم يدرك عمر وقد رواه الطحاوي من حديث الأسود عن عمر موقوفاً وقد روي من حديث ابن عمر مرفوعاً بإسناد مختلف فيه؛ وروي بإسناد ضعيف من حديث عائشة، وبإسناد ساقط من حديث علي، انتهى. وموقوف عمر أخرجه أبو داود، والنسائي عن قتادة عن عمر قال: من ملك ذا رحم محرم فهو حر، انتهى. وأعل بأن قتادة لم يسمع من عمر، فإن مولده بعد وفاة عمر بنيف وثلاثين سنة. والله أعلم.

وفي الباب من حديث عبد الله بن عمر:

أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب «العتق»: باب «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رقم (٢٥٢٤)، والحاكم (٢/ ٢١٤).

قال البوصيري في «الزوائد»: في إسناده من تكلم فيه.

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٢٩) والبيهقي (١٠/ ٢٩٠) من طريق أشعث بن عطاف عن العرزمي عن أبي النضر محمد بن السائب الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس مرفوعاً.

وقال الدارقطني: العرزمي تركه ابن المبارك وابن مهدي ويحيى القطان.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٨٠).

وقال ابن القطان: والكلبي متروك أيضاً، وهو القائل: كل ما حدثت به عن أبي صالح فهو كذب، انتهى.

وقال البيهقي: هذا مما لا يحل الاحتجاج به، لإجماعهم على تركه رواية الكلبي، والعرزمي، وروي عن حفص بن أبي داود عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس، وحفص ضعيف، انتهى.

وجه قوله: أن العتق إنما يثبت بالقرابة؛ لكون العتق صلة، وكون القرابة مستدعية للصلة، والإحسان إلى القريب والعتق من أعلى الصلات، فلا يثبت إلا بأعلى القرابات وهي قرابة الولاد؛ لما فيها من الجزئية والبعضية، ولا يوجد ذلك في هذه القرابة، فلا يلحق بها، بل يلحق بالقرابة البعيدة، وهي قرابة بني الأعمام، ولهذا ألحق بها في كثير من الأحكام، وهي جريان القصاص في النفس والطرف، وقبول الشهادة، والحبس بالدين، وجواز الاستئجار، ونكاح الحليلة، وعدم التكاتب.

ولنا أن قرابة الولاد إنما أوجبت العتق عند الملك؛ لكونها محرمة القطع وإبقاء الملك في القريب يفضي إلى قطع الرحم؛ لأن الملك نفسه من باب الذل والهوان، فيورث وحشة، وإنها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم، وشرع السبب المفضي إلى القطع مع تحريم القطع متناقضٌ، فلا يبقى الملك دفعاً للتناقض، فلا يبقى الرق ضرورةً؛ لأنه لم يشرع بقاؤه في المسلم والذمي إلا لأجل الملك المحترم للمالك المعصوم، وإذا زال الرق ثبت العتق ضرورة، والقرابةُ المحرمة للنكاح محرمة القطع؛ لأن النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة أو مطلقة؛ قال الله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ/ وَالأَرْحَامَ﴾ [النساء: ١] معناه: واتقوا الله الذي تساءلون به، فلا تعصوه، واتقوا الأرحام فلا تقطعوها، ويحتمل أن يكون معناه: واتقوا الله وصلوا الأرحام، وقد روي في الأخبار عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**صِلُوا الأَرْحَامَ؛ فَإِنَّهُ أَبْقَىٰ لَكُمْ فِي الدُّنْيَا وَخَيرٌ لَكُمْ فِي الآخِرَةِ**»(١) والأمر بالوصل يكون نهياً عن القطع؛ لأنه ضده؛ والأمر بالفعل نهى عن ضده.

١٥٤أ

وروي عنه ﷺ أنه قال: «**الرَّحِمُ شُجْنَةٌ**(٢) **مِنَ اللَّهِ ـ تَعَالَىٰ ـ مُعَلَّقَةٌ بِالعَرْشِ؛ تَقُولُ: يَا رَبِّ هَذَا مقَامُ العَائِذِ بِكَ، قُطِعْتُ وَلَمْ أُوصَلْ، فيقولُ اللَّهُ ـ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ ـ أَمَا يَكْفِيكِ أَنِّي شَقَقْتُ لَكِ اسْمَاً مِن اسْمِي، أَنَا الرَّحْمَنُ وَأَنْتِ الرَّحِمُ، فَمَنْ وَصَلَكِ وَصَلْتُهُ وَمَنْ قَطَعَكِ بَتَتُّهُ**»(٣) ومثل هذا الوعيد لا يكون إلا بارتكاب المحرم، فدل أن قطع الرحم حرام، والرحم هو القرابة سميت القرابة رحماً إما باعتبار أن الرحم مشتق من الرحمة؛ كما جاء في الحديث، والقرابة سميت الرحمة والشفقة على القريب طبعاً، وإما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى

(١) ذكره الهندي في «كنز العمال» (٣/٣٥٦) رقم (٦٩١١) بلفظ: اتقوا الله وصلوا الأرحام فإنه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الآخرة وعزاه إلى عبد بن حميد وابن جرير في تفسيريهما.

(٢) الشُّجْنَةُ: هي القرابة المشتبكة كاشتباك العروق، وأصل الشجنة بالكسر والضم: شعبة في غصن من غصون الشجرة.
النهاية في غريب الحديث (٢/٤٤٧) (شجن).

(٣) أخرجه البخاري (١٠/ ٤٣٠): كتاب الأدب: باب من وصل وصله الله، حديث (٥٩٨٨).

بالرحم محل السبب الذي يتعلق به وجود القرابات، فكان كل قرابة أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص إلاَّ ما خُصَّ أو قيد بدليلٍ ـ ثم نخرج الأحكام، أما جريان القصاص فلا يفضي إلى قطع الرحم؛ لأن القصاص جزاء الفعل، وجزاء الفعل يضاف إلى الفاعل، فكان الأخ القاتل أو القاطع هو قاطع الرحم؛ فكأنه قتل نفسه أو قطع طرفه باختياره؛ وكذا الحبس بالدين لأنه جزاء المطل الذي هو جناية، فكان مضافاً إليه.

وأما الإجارة فهي عقد معاوضة وهي[1] تمليك المنفعة بالمال، وأنه حصل باختياره، فلا يفضي إلى القطع إلاَّ أنه لا يجوز استئجار الأب ابنه في الخدمة التي يحتاج إليها الأب، لا لأنه يفضي إلى قطيعة الرحم، بل لأن ذلك يستحق على الابن شرعاً، فلا يجوز أن يستحق الأجر في مقابلته، فلا يدخل في العقد، ولو استأجر الابن أباه يصح، ولكن يفسخ احتراماً للأب، ونحن نسلم أن للأب زيادة احترام شرعاً يظهر في حق هذا وفي حق القصاص والحبس، ولا كلام فيه.

وأما نكاح الحليلة فإنه وإن كان فيه نوع غضاضة، لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبرٍ في تحريم القطع، فلأن الجمع بين الأختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم، ثم يجوز نكاح الأخت بعد طلاق أختها وانقضاء عدتها، وإن كان لا يخلو عن نوع غضاضة.

وأما التكاتب، فعند أبي يوسف ومحمد يتكاتب الأخ كما في قرابة الولاد، وعن أبي حنيفة فيه روايتان، ثم نقول عدم تكاتب الأخ لا يفضي إلى قطيعة الرحم؛ لأن ملكه لا يصلح للتكاتب؛ لأنه من باب الصلة والتبرع، وملك المتكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق، فإذا لم يتكاتب عليه لم يقدر الأخ على إزالة الذل عنه، وهو الملك، فلا يفضي إلى الغضاضة بخلافِ الولد؛ لأن ملك المكاتب وإن كان ضرورياً لم يشرع إلا في حق حرية نفسه، لكن حرية أبيه وابنه في معنى حرية نفسه؛ لأن المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه، فهو الفرق، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وسواء كان المالك لذي الرحم المحرم بالغاً أو صبياً، عاقلاً أو مجنوناً، يعتق عليه إذا ملكه؛ لعموم قوله ﷺ: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ، فَهُو حُرٌّ**»؛ ولأنه علق الحكم وهو الحرية بالملك، فيقتضي أن كل من كان مِّن أهل الملك كان من أهل هذا الحكم، والصبيُّ والمجنونُ من أهل الملك، فكانا من أهل هذا الحكم.

فإن قيل إنَّ الصَبِيَّ العَاقِلَ إذا اشْتَرىٰ أباه يُعْتِقُ عليه، وشراء القريب إعتاقٌ عند أصحابنا

---

(١) في ط: وهو.

حتى تتأدى به الكفارة، والصبي وإن كان عاقلاً، فليس من أهل الإعتاق، فينبغي أن لا يعتق أو لا يكون الشراء إعتاقاً، قيل إن كون شراء الأب إعتاقاً عرفناه بالنص، وهو ما رويناه من حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ والنصُّ قابلٌ للتخصيص والتقييد، وقد قام الدليل على أن الصبي ليس بمراد؛ لأنه ليس من أهل الإعتاق، فلا يكون الشراء من الصبي ـ وإن كان عاقلاً ـ إعتاقاً، بل يكون تمليكاً فقط، فيعتق عليه بالملك شرعاً؛ لقول النبي ﷺ: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنْهُ فَهُوَ حُرٌّ**» لا بالإعتاق، ولو ملك حليلة ابنه أو منكوحة أبيه أو أمه من الرضاع، لا يعتَق عليه.

وكذا إذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنتها أو ابن الخال أو الخالة أو بنيهما لا يعتق، لأن شرطَ العتق ملكُ ذي رحم محرم، فلا بد من وجودهما، أعني: الرحم المحرم، ففي الأول وجد المحرم بلا رحم، وفي الثاني/ وجد الرحم بلا محرم، فلا يثبت العتق، وأهل الإسلام وأهل الذمة في ذلك سواء؛ لاستوائهم في حرمة قطع الرحم وأهلية الإعتاق وأهلية الملك؛ ولعموم قوله ﷺ: «**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ[1] فَهُوَ حُرٌّ**» وولاء المعتق لمن عتق عليه؛ لأن العتق إن وقع بالشراء، فالشراء إعتاقٌ.

١٥٤ب

وقد قال النبي ﷺ: «**الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»[2] وإن وقع بالمِلك شِرعاً، فالملك للمعتق عليه، فكان الولاء له، ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه والأمة لغير الأب، جاز الشراء وعُتقَ ما في بطنها ولا تعتق الأمة، ولا يجوز بيعها قبل أن تضع، وله أن يبيعها إذا وضعت.

أما جواز الشراء فلا شك فيه؛ لأن شراء الأخ جائز كشراء الأب وسائر ذوي الرحم المحرم[3].

وأما عتق الحمل فلأنه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه، ولا تعتق الأم[4] عليه؛ لأنها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما، يحققه أنه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه، فابنه أولى.

وأما عدم جواز بيعها ما دام الحمل قائماً؛ فلأن في بطنها ولداً حُرّاً، ولأن بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز.

ألاَ ترى أنه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع، فإذا كان الولد حُرّاً ـ والحُرُّ لا يكون محلاً للبيع ـ يصير كأنه استثنى الولد، وإذا وضعت جاز بيعها؛ لأن المانع قد زال، وإذا ملك شقصاً من ذي رحم محرم منه، عُتق عليه قدر ما ملك في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد وزفر: يعتَق كلهُ؛ كما لو أعتق شقصاً من عبد له أجنبي؛ لأن العتق يتجزأ عنده، وعندهم لا يتجزأ.

---

(١) في أ: محرم منه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) في أ: الجنين.
(٤) في أ: الأمة.

ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه، فهذا لا يخلو إما أن ملكاه بسبب لهما فيه صنيع، وإما أنَّ ملكاه بسبب لا صنيع لهما فيه، فإن ملكاه بسبب لهما فيه صنع بأن ملكاه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية، لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيئاً، موسراً كان أو معسراً في قول أبي حنيفة، ولكن يسعى له العبد في نصيبه، وعند أبي يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه، إن كان موسراً.

وعلى هذا الخلاف إذا باع رجلٌ نصفَ عبدِهِ من ذي رحم محرم من عبده، أو وهبه له حتى عتق عليه، لا يضمن المشتري نصيب البائع عند أبي حَنيفة، موسراً كان القريب أو معسراً، ولكن يسعى العبد في نصف قيمته للبائع، وعندهما يضمن إن كان موسراً، وإن كان معسراً يسعى العبد.

ولو قال الرجل لعبد ليس بقريبٍ له إن ملكته فهو حر، ثم اشتراه الحالف وغيره صفقة واحدة؛ ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة، وعندهما يضمن، وذكر الكرخي أني لا أعرف الرواية في هذه المسألة.

واجمعوا على أن العبد إذا كان بين اثنين، فباع أَحَدَهُمَا نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه، أن المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت إن كان موسراً ولا يضمن البائع شيئاً.

والكلام في هذه المسائل[١] بناءً على أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة، وعندهما لا يتجزأ، ووجه البناء على هذا الأصل أن الإعتاق لما لم يكن متجزئاً عندهما ـ وشراء القريب إعتاق ـ فكان شراء نصيبه إعتاقاً [لنصيبه]، وإعتاق نصيبه إعتاق لنصيب صاحبه، فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين أَعْتَقَهُ أحدهُما وهو موسر، ولما كان متجزئاً عنده كان شراء نصيبه إعتاقاً لنصيبه خاصة، فلم يكن إفساداً لنصيب شريكه ولا تمليكاً لنصيبه أيضاً؛ لأن ذلك ثبت لضرورة تكميل الإعتاق لضرورة عدم التجزئة، فإذا كان متجزئاً عنده، فلا ضرورة إلى التكميل فلا حاجة إلى التمليك.

والدليل عليه أنه لا ضمان[٢] إذا كان معسراً، وضمان الإتلاف والتمليك لا يسقط بالإعسار، وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق إلاَّ أنا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفاً للأصول[٣] بالنص؛ نظراً للشريك الساكت وهو مستحق للنظر، إذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الإعتاق من الشريك، ولا بمباشرة شرطه، وهٰهنا وجد لأن كل واحد من المشتريين راضٍ بشراء صاحبه، وكيف لا يكون راضياً به وأن شراء كلٍّ واحد منهما شرط

---

(١) في أ: المسألة. (٢) في أ: لا يجب الضمان. (٣) في أ: للأصل.

لصحة شراء صاحبه، حتى لو أوجب البائع لهما فقبل أحدهما دون صاحبه، لم يَصِحَّ.

وكذا البائع نصف عبده من ذي رحم محرم راضٍ بشرائه، ومن رضي بالضرر لا ينظر إليه[١]، فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه، فبقي الحكم فيها على الأصل؛ بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذي رحم محرم منه؛ لأن هناك لم يوجد دليلُ الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلاً حتى يوجب سقوط حقه في الضمان، فكان في معنى المنصوص عليه/ فيلحق به، ثم وجه الكلام لأبي حنيفة على طريق الابتداء أنه وإن سلم أن شراء نصيبه إعتاقٌ لنصيبه، وإفساد لنصيب شريكه، لكن هذا إفساد مرضيٌّ به من جهة الشريك؛ لأنه رضي بشراء نفسه، وإثبات الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه؛ لأن الخلاف فيما إذا أوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة، فلا بد وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب؛ إذ البائع ما رضي إلا به.

١٥٥أ

ألاَ ترى أنه لو قال بعت منكما، فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر، لم يصح البيع، فكان الرضا بشراء نفسه رضاً بشراء صاحبه، فكان شراء القريب إفساداً لنصيب الشريك برضا الشريك، فلا يوجب الضمان؛ كما إذا كان العبد مشتركاً بين اثنين، فقال أحدهما لصاحبه: اعتق نصيبك، أو رضيت بإعتاق نصيبك، فأعتق لا يضمن، كذا هذا.

فإن قيل: هذه النكتة لا تتمشى في الهبة؛ فإن أحدهما إذا قبل الهبة دون الآخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة في نصيبه رضاً بقول صاحبه، فلم يكن هذا إفساداً مرضياً به من جهة الشريك، وكذا لا تتمشى فيما إذا لم يعلم الشريك الأجنبي أن شريكه قريب العبد؛ لأنه إذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء القريب[٢] الشريك إعتاقاً لنصيبه، فلا يعلم كونه إفساداً لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالإفساد؛ لأن الرضا بالشيء بدون العلم به محال.

فالجواب: أن هذا من باب عكس العلة؛ لأنه أراه الحكم مع عدم العلة، وهذا تفسير العكس، والعكس ليس بشرط في العلل الشرعية[٣]؛ لجواز أن يكون لحكم واحدٍ شرعيٍّ عللٌ، فنحن نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا، ونبقيه في غيره بعلة أخرى، ثم نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وإن لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول، لكنهما إذا قبلا جميعاً كان قبولهما بمنزلة شيءٍ واحدٍ؛ لأنه

---

(١) في ط: له.

(٢) سقط من ط

(٣) ينظر: الكلام على العكس في: البرهان ٢/ ٨٤٢ المحصول ٢/ ٣٥٥ الإبهاج ٣/ ١١٩ المستصفى (٢/ ٣٤٤) المنخول (٤١١) روضة الناظر (١٧٨) جمع الجوامع ٢/ ٣٠٣ الإحكام للآمدي (٣/ ٢١٦) تيسير التحرير ٤/ ٢٢، ١٥٣.

جواب إيجاب واحد، مثاله: إذا قرأ المصلي آيةً واحدةً قصيرةً أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز، ولو قرأ عشر آيات أو أكثر، يتعلق الجواز بالكلِّ، ويجعل الكل كآية واحدة؛ كذا هذا.

وأما فصل العلم فتخريجه على جواب ظاهر الرواية، وَهُوَ أنَّ عند أبي حنيفة لا يجب الضمان، سواء علم أو لم يعلم، وعندهما يجب علم أو لم يعلم، نَصَّ عليه في الجامع الصغير، أما على أصلهما فظاهر لأن الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهلِ أولى.

وأما على أصل أبي حنيفة؛ فلأن سقوطَ ضمانِ الإتلاف عند الإذن والرضا به لا يقف على العلم، فإنَّ مَنْ قال لرجل: كُلْ هذا الطعام، والآذنُ لا يعلم أنه طعام نفسه، فأكله الرجلَ لا يستحق الضمان عليه، وإن لم يعلم به، وهذا لأن حقيقة العلم ليست بشرط في بناء الأحكام عليها، بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصل إليه، ويقام مقام حقيقة العلم؛ كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة، وطريق حصول العلم هٰهنا في يده وهو السؤال والفحص عن حقيقة الحال، فإذا لم يفعل فقد قصر، فلا يستحق الضمان.

وروى بشر عن أبي يوسف أنه فصل بين العلم والجهل، فقال: إن كان الأجنبي يعرف ذلك، فإن العبد يعتق ويسعى للأجنبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان لا يعلم فهو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء تم عليه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

ووجه هذه الرواية أن الشراء مع شركة الأب عيب، فكان بمنزلة سائر العيوب أنه إن علم به المشتري يلزمه البيع كما في سائر العيوب، وإن لم يعلم به لم يلزمه مع العيب، وإذا لم يلزمه العقد في حق أحد الشريكين، لم يلزم في حق الآخر، فلا يعتق العبد، ويثبت للمشتري حق الفسخ.

وذكر في الجامع الصغير: لو اشترى رجلٌ نصف عبد، ثم اشترى أب العبد النصف الباقي وهو موسر، فالمشتري بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين[1] أعتقه أحدهما فالمشتري بالخيار؛ لأنه لم يوجد من المشتري الأجنبي ما هو دليلُ الرضا في سقوط الضمان عن الأب، فلا يسقط.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: لَوْ أن عبداً اشترى نفسه وهو أجنبي من مولاه، فالبيعُ باطلٌ في حصة الأجنبي، لأنه اجتمع العتق والبيع في عقدٍ واحد في زمانٍ واحدٍ؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق على مال، فلا يصح البيع بخلاف الرجلين اشتريا ابن أحدهما أنه يصح، وإن

---

(١) في أ: شريكين.

اجتمع الشراء والعتق في عقد واحد؛ لأن شراء القريب تملك في الزمان الأول، وإعتاق في الزمان الثاني، وأنه جائز لِمَا بَيَّنَّا.

١٥٥ب وروي عن/ أبي يوسف أنه قال: إذا قَالَ إن ملكت من هذا العبد شيئاً فهو حر، ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة، عتق على الأب، وهذا على أصله لأن العتق عنده لا يتجزأ، وقد اجتمع للعتق سببان القرابة واليمين إلاَّ أن القرابة سابقة على اليمين، فإذا ملكاه صار كأن عتق الأب أسبق فيعتق النصيبان عليه؛ ولهذا قال في رجلٍ قال إن اشتريت فلاناً أو بعضه فهو حُرٌّ، فادعى رجل آخر أنه ابنه ثم اشترياه، عُتق عليهما، ونصفُ ولائه للذي أعتقه وهو ابن الذي ادَّعاه؛ لأن السبب[1] هٰهنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه، وولاؤه بينهما لأنه عتق عليهما، والولاء للعتق.

وإن ملك اثنان ذا رحم محرم من أحدهما بسبب لا صنع لهما فيه بأن ورثا عبداً وهو قريبُ أحدهما حتى عتق عليهِ، لا يَضمن نصيب شريكه، موسراً كان أو معسراً، ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه في قولهم جميعاً؛ لأن العتق هٰهنا ثبت بالملك شرعاً من غير إعتاق من جهة أحدٍ من العباد؛ إذ لا صنع لأحد من العباد في الإرث، ووجوب الضمان على المرء يعتمد شرعاً صنعاً من جهته، ولم يوجد من القريب، فلا يضمن، والله الموفق.

ومن هذا القبيل ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو إما أن يكون على وجه الصفة، وإما أن يكون على سبيل الفداء، فإن ذكرها على طريق الصفة بأن قال لمملوكه: هذا ابني، فهو لا يخلو إما أن كان يصلح ابناً له بأن كان يولدُ مثلُهُ لمثلِهِ، وإما إن كان لا يصلح، ولا يخلو إما أن كان مجهولَ النسبِ أو معروف النسب من الغير، فإن كان يصلح ابناً له، فإن كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالإجماع، وإن كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك، ولكن يثبت العتق عندنا، وعند الشافعي: لا يثبت العتق.

والأصلُ عنده إن العتق بناء على النسب، فإن ثبت النسب ثبت العتق وإلاَّ فلا، وإن كان لا يصلح ابناً له، فلا يثبت النسب بلا شك، وهل يعتق؟.

قال أبو حنيفة: يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق، والأصل عندهما أن العتق مبني على تصور النسب واحتمال ثبوته، فإن [كان][2] تصور ثبوته ثبت العتق، وإلا فلا.

والأصلُ عند أبي حنيفة أن ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته؛

---

(١) في ط: النسب.

(٢) سقط من ط.

وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتي، فهو على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في الابن.

وجه قولهم إن العتق لو ثبت لا يخلو إما إن ثبت ابتداء، أو بناء على ثبوت النسب، لا وجه للأول؛ لأنه لم يوجد الإعتاق ابتداءً، ولا سبيل للثاني، أما عند الشافعي فلأن النسب يثبت في المسألتين جميعاً، فلا يثبت العتق بناءً عليه، وأما عندهما فلأن في المسألة الثانية لا يتصور ثبوت النسب، فلا يثبت العتق، وفي المسألة الأولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقةً بالزنا والاشتهار من غيره بناء على النسب الظاهر، فيعتق.

ولأبي حنيفة أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد ما أمكن، لاعتبار عقله ودينه دلالة، وأمكن تصحيح هذا الكلام من وجهين الكناية والمجاز؛ أما الكناية فلوجود طريق الكفاية في اللغة، وهو الملازمة بين الشيئين أو المجاورة بينهما غالباً على وجهٍ يكون بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء، وتكون الكناية كالتابع للمكنى، والمكنى هو المقصود، فيترك إسم الأصل صريحاً ويكنى عنه باسم الملازم إياه التابع له؛ كما في قوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ﴾ [المائدة:٦] والغائط: اسم للمكان الخالي المطمئن من الأرض، كني به عن الحدث لملازمة بين هذا المكان وبين الحدث غالباً وعادة؛ إذ العادة أن الحدث يوجد في مثل هذا المكان؛ تستراً عن الناس.

وكذا الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث؛ إذ الاستنجاء طلب النجو والاستجمار طلب الجمار[١]، وكذا العرب تقول: ما زلنا نطأ السماء حتى أتيناكم، أي: نطأ المطر؛ إذ المطر ينزل من السماء؛ ونحو ذلك من مواضع الاستعمال.

والبنوة في الملك ملازمة للحرية، فجاز أن يكنى بقوله هذا ابني عن قوله: هذا معتقي، وذكر الصريح والكناية في الكلام سواء، ولو صرح فقال: هذا معتقي عتق؛ فكذا إذا كني به.

وَأمَّا المجازُ من طرقه المشابهة بين الذاتين[٢] في المعنى الملازم المشهور في محل الحقيقة، فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لإظهار المعنى الذي هو ظاهر/ في المستعار عنه خفي في المستعار له؛ كما في الأسد مع الشجاع، والحمار مع البليد؛ ونحو ذلك، وقد وجد هذا الطريق هٰهنا من وجهين: ١٥٦أ

أحدهما: أن الابن في اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكر والأنثى، وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعماً عليه من جهة الأب بالإحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية، والمعتق

---

(١) في أ: الجمرة. (٢) في أ: الناس.

منعمٌ عليه من جهة المعتق؛ إذ الإعتاق إنعام على المعتق، وقال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب:٣٧] قيل في هذا التفسير: أنعم الله ـ تعالى ـ عليه بالإسلام وأنعمت عليه بالإعتاق، فكان بينهما مشابهة في هذا المعنى، وأنه معنى لازم مشهور، فيجوز إطلاق اسم الابن على المعتق مجازاً لإظهار نعمة العتق؛ كإطلاق اسم الأسد على الشجاع والحمارَ على البليد.

والثاني: أن بين معتق الرجل وبين ابنه الداخل في ملكه مشابهة في معنى الحرية، وهو معنى لازم للابن الداخل في ملكه بحيث لا ينفك عنه، وأنه مشهور فيه، فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة، وقد خرج الجواب عن قولهم إن العتق إما إن ثبت ابتداء أو بناء على النسب؛ لأنَّا نقول ابتداءً لكن بأحد الطريقين، وهو الكناية أو المجاز، على ما بينا، ولا يلزم على أبي حنيفة ما إذا قال لامرأته: هذه بنتي، ومثلُه لا يلد مثلَها، أنه لا تقع الفرقة بينهما، لأن إقراره بكونها بنتاً له نفي النكاح لأجل النسب، وههنا لم يثبت النسب، فلا ينتفي النكاح، فأما ثبوت العتق فليس يَقِفُ على ثبوت النسب.

والدليلُ على التفرقة بين المسألتين أنه لو قال لزوجتِهِ وهي معروفة النسب من الغير: هذه بنتي، لم تقع الفرقة.

ولو قال لأمَتِهِ هذه بنتي وهي معروفة النسب، تعتق، وما افترقا إلاَّ لما قلنا؛ وكذا لو قال لزوجته هذه بنتي وهي تصلح بنتاً له، ثم قال: أوهمت أو أخطأت، لا تقع الفرقة.

ولو قال لأمتِهِ هذه بنتي وهي تصلح بنتاً له، ثم قال: أو همت أو أخطأت، يقع العتق، فدل على التفرقة بينهما؛ وكذلك لو قال هذا أبي، فإن كان يصلح أباً له وليس للقائل أبٌ معروفٌ، يثبت النسب والعتق بلا خلاف، وإن كان يصلح أباً له ولكنْ للقائل أبٌ معروفٌ، لا يثبت النسب، ويعتق عندنا؛ خلافاً للشافعي، وإن كان لا يصلح أباً له لا يثبت النسب بلا شك، ولكن يعتق عند أبي حنيفة، وعندهما لا يعتق.

وكذلك لو قال: هذه أمي، فالكلام فيه كالكلام في الأب، وأما الكلام في الحرية بأن كان المملوك أمة، ففي كل موضع يثبت النسب تثبت الحرية، وإلاَّ فلا، ولو قال لعبده: هذه بنتي، أو قال لأمته: هذا ابني، اختلف المشايخ فيه، قال بعضُهم: يُعتق، وقال بعضُهم: لا يعتق.

ولو قال لمملوكه: هذا عمي أو خالي، يعتق بلا خلاف بين أصحابنا، ولو قال: هذا أخي أو أختي، ذكر في الأصل أنه لا يعتق، بخلاف قوله: هذا ابني أو أبي أو عمي أو خالي، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق؛ كما في قوله: عمي أو خالي، وجه هذه الرواية: أنه

وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه فيعتق عليه؛ كما إذا قال هذا عمي أو خالي.

وجه رواية الأصل أن قوله: هذا أخي، يحتملُ تحقيق العتق، ويحتمل الاكرام والتخفي به، لأنه يستعمل في ذلك عرفاً وشرعاً؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب:٥] فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم، فإنه لا يستعمل في الإكرام عرفاً وعادةً، فلا يُقال: هذا خالي أو عمي، على إرادة الإكرام، فكان ذكره للتحقيق، وبخلاف قوله: هذا ابني أو هذا أبي؛ لأنه لا يستعمل في الإكرام عرفاً وشرعاً، وقد منع الشرع من ذلك؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ﴾ [الأحزاب:٤] وقال ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب:٥].

وروي أنهم كانوا يسمون زيد بن حارثة (زيد بن محمد)، فنزل قولهُ ـ تعالى ـ: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ﴾ [الأحزاب:٤٠] فكفوا عن ذلك، وإن لم يكن مستعملاً في الإكرام يحمل على التحقيق.

وأما النداء فهو أن يقول: يا ابني، يا أبي، يا ابنتي، يا أمي، يا خالي، يا عمي، أو يا أختي، أو يا أخي، على رواية الحسن لا يعتق في هذه الفصول، لأن الغرض بذكر اسم النداء هو استحضارُ المنادى، لا تحقيق معنى الاسم فيه، إلاَّ إذا كان الاسم موضوعاً له على ما بينا، فاحتمل أنه أراد به النداء على طريق الإكرام دون تحقيق العتق، فلا يحمل على العتق من غير نية.

ولو قال لعبده: يا ابن، أو لأمته يا ابنة، لا يعتق لعدم الإضافة إلى نفسه، ولو قال: يا بني، أو يا بنية، يعتق لوجود الإضافة.

وأما الكناية فنحو قوله: لا سبيل لي عليك، أو لا ملك لي عليك، أو خَلَّيْتُ سبيلك، أو خرجت من ملكي، فإنْ نوى العتق يعتق، وإلا فلا؛ لأن كل واحد من هذه الألفاظ يحتمل العتق، ويحتمل غيره، فإن قوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة/ أي: ليس لي عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة، ويحتمل لا سبيل لي عليك؛ لأني كاتبتك، فزالت يدي عنك، ويحتمل لا سبيل لي عليك لأني أعتقتك، فلا يحمل على العتق إلاَّ بالنية، ويصدق إذا قال: عنيتُ به غير العتق، إلاَّ إذا قال: لا سبيل لي عليك إلاَّ سبيل الولاء، فإنه يعتق في القضاء، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق؛ لأنه نفي كل سبيل وأثبت سبيل الولاء، وإطلاق الولاء يراد به ولاء العتق، وذلك لا يكون إلاَّ بعد العتق.

١٥٦ب

ولو قال: إلاَّ سبيل الموالاة دين في القضاء؛ لأن مطلق الموالاة يراد بها الموالاة في

الدين، أو يستعمل في ولاء الدين، وولاء العتق، فأي ذلك نوى يصدق في القضاء، وقوله: لا ملك لي عليك، يحتملُ ملك اليد، أي: كاتبتك فزالت يدي عنك، ويحتمل لا ملك لي عليك لأني بعتك، ويحتمل لا ملك لي عليك لأني أعتقتك، فنقف على النية.

وقوله: «خلَيْتُ سبيلك»، يحتمل سبيل الاستخدام، أي: لا أستخدمك، ويحتمل أعتقتك، ولو قال له: «أمرك بيدك»، أو قال له: «اخْتَرْ»، وقف على النية؛ لأنه يحتمل العتق وغيره، فكان كناية.

ولو قال له: «أمر عتقك بيدك»، أو «جعلت عتقك في يدك»، أو قال له: «اختر العتق»، أو «خيرتك في عتقك»، أو «في العتق»، لا يحتاج فيه إلى النية؛ لأنه صريح، ولكن لا بد من اختيار العبد العتق، ويقف على المجلس؛ لأنه تمليكٌ.

وقولهُ: «خرجت عن ملكي»، يحتمل ملك التصرف، فيكون بمعنى كاتبتك، ويحتمل أعتقتك، ولو قال لمملوكه: نسبك حُرٌّ، أو أصلك حُرٌّ، فإن كان يعلم أنه سبي لا يعتق، وإن لم يكن سبي يعتق؛ لأن الأصل أن حرية الأبوين تقتضي حرية الولد؛ لأن المتولد من الحرين يكون حُرّاً إلاَّ أن حرية المسبي بطلت بالسبي فبقي الحكم في غير المسبي على الأصل.

ولو قال لعبده: «أنت لله ـ تعالى ـ» لم يعتق في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن نوى العتق يعتق[(١)].

وجه قوله: إن قوله: لله ـ تعالى ـ يحتملُ أن يكون بيان جهة القربة للإعتاق المحذوف، فإذا نوى العتق يعتق؛ كما لو قال: أنت حُرٌّ لله، ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الإعتاق، لأنه إثبات العتق ولم يوجد؛ لأن كونه لله ـ تعالى ـ كان ثابتاً قبل الإعتاق، فلم يكن ذلك إعتاقاً، فلا يعتق.

---

(١) وقال الشعبي والمسيب بن رافع وحماد والشافعي يعتق إذا نوى.
وقال أبو حنيفة: لا تَعْتِقُ به، لأنَّ مُقْتَضاهُ، أنت عَبْدٌ لله، أو مخلوقٌ لله وَحْدَه. وهذا لا يقْتضِي العِتْقَ.
ولَنا، أنَّهُ يَحْتَمِلُ: أنتَ حُرٌّ لله، أو عَتيقٌ لله، أو عبدٌ لله وحدَه، لست بعبدٍ لي، ولا لأحَدٍ سِوَى الله.
فإذا نَوَى الحُرِّيَّةَ بهِ، وقعَتْ، كسائِرِ الكِنَّاياتِ. وما ذَكَروهُ لا يصِحُّ، لأنَّ احتمالَهُ لما ذكَروهُ لا يَمْنَعُ احتمالَه لما ذِكَرْناه، بدَليلِ سائِرِ الكِناياتِ، فإنَّها تَحْتَمِلَ العِتْقَ وغيرَه، ولو لم تَحْتَمِلْ إلاَّ العِتْقَ لكانتْ صَرِيحَةً فيه، وما احْتَمَلَ أمرَيْنِ، انْصرَفَ إلى أحدِهما بالنِّيَّةِ، وهذا شَأْنُ الكِناياتِ. وما ذَكَرَهُ من الاحْتِمالِ يدُلُّ على أنَّ هذا ليس بصَريحٍ، وإنَّما هو كِنايَةٌ.
ينظر: المغني ١٤/٣٤٧.

ولو قال له: أنت عبد الله، لم يعتق بلا خلاف، أما على قول أبي حنيفة فظاهر لما ذكرنا أن الإعتاق إنشاء العتق، فيقتضي أنْ لا يكون ثابتاً قبله، وكونه عبداً لله صفة ثابتة له قبل هذه المقالة.

وَأما على قول أبي يوسف، فلأن قوله عبداً لله لا يحتمل أن يكون جهة القربة للإعتاق، وقوله: لله ـ تعالى ـ، يحتمل ذلك.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال لعبده: قد جعلتك لله ـ تعالى ـ، في صحته أو مرضه، وقال: لم أنوِ العتق، ولم يقل شيئاً حتى مات قبل أن يبين لا يعتق، وإن نوى العتق عُتق.

وكذلك إذا قال هذا في مرضه[1]، فمات قبل أن يبين، فهو عبدٌ أيضاً؛ لأنه يحتمل أنه أراد بهذا اللفظ النذر، ويحتمل أنه أراد به العتق، فلا يعتق إلا بالنية، ولا يلزم الورثة بعد الموت الصدقة؛ لأن النذر يسقط بالموت عندنا.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذَا قَال لأمته: أطلقتك، يريد به العتق تُعتق؛ لأن الإطلاق إزالة اليد، والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق وبغير العتق بالكتابة، فإذا نوى به العتق تعتق؛ كما لو قال لها: خَلَيْتُ سبيلك.

ولو قال لها: طلقتك، يريد به العتق، لا تعتق عندنا[2] لما نذكر، ولو قال: فَرْجُكِ عَلَيَّ حرام يريد العتق لم تعتق؛ لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان؛ كما لو اشترى أخته من الرضاعة أو جارية قد وطيء أمَّها أو بنتها، أو جارية مجوسية أنها لا تعتق.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال لعبده: أ ن ت ح ر، أو قال لزوجته: أ ن ت ط ا ل ق، فتهجي ذاك هجاءً إن نوى العتق أو الطلاق وقع؛ لأنه يفهم من هذه الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف، إلا أنه ليست بصريحة في الدلالة على المعنى، لأنها عند انفرادها لم توضع للمعنى، فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية، وأما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة؛ لأنها في الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ، إلاَّ أن فيها ضرب استتار وإبهام؛ لأن الإنسان قد يكتب ذلك لإرادة العتق، وقد يكتب لتجويد الخط فالتحق بسائر الكنايات فافتقر إلى النية، والكلام في هذا كالكلام في الطلاق، وقد ذكرناه

---

(١) في أ: وصية.

(٢) لأنَ الطَّلاقَ لفظٌ وُضِعَ لإزَلَةِ المِلْكِ عن المَنْفَعَةِ، فلم يُزَلْ به المِلْكُ عن الرَّقَبَةِ، كفَسْخِ الإجارةِ، ولأنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ لا يُسْتَدْرَكُ بالرَّجْعَةِ، فلا ينْحَلُّ بالطَّلاقِ، كسائِرِ الأمْلاكِ.

ينظر: المغني ١٤/٣٤٧.

في «الطلاق»؛ وكذا الإشارة من الأخرس إذا كانت معلمة مفهومة المراد؛ لأنها في الدلالة على المراد في حقه كالعبارة في الطلاق.

١٥٧أ الأصل في قيام الإشارة مقامَ العبارةِ قولهُ ـ تعالى ـ خطاباً/ لمريم ـ عليها السلام ـ: ﴿فَقُولِي إِنِّي نَذَرتُ لِلرَّحْمٰنِ صَوْماً﴾ [مريم:٢٦] أي: صمتاً وإمساكاً، وذلك على الإشارة لا على القول منها، وقد سماها الله ـ تعالى ـ قولاً، أنها تعمل عمل القول.

وأما الألفاظ التي يقع بها العتق أصلاً، نوى أو لم ينوِ، فنحو أن يقول لعبده: قم، أو اقعد أو اسقني ونوى به العتق، لأن هذه الألفاظ لا تحتمل العتق فلا تصح فيها نية العتق.

وكذا لو قال: لا سلطان لي عليك؛ لأن السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه القهر، فانتفاؤها لا يقتضي انتفاء الرق؛ كالمكاتب، فلا يقتضي العتق؛ بخلاف قوله: لا سبيل لي عليك؛ لأنه نفى السبل كلها ولا ينتفي السبيل عليها مع قيام الرق؛ ألاَ ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة.

وكذا السلطان يحتمل الحجة أيضاً، فقوله: لا سلطان لي عليك، أي: لا حجة لي عليك، وانتفاء حجته على عبده لا يوجب حريته؛ وكذا لو قال لعبده: اذهب حيث شئت، أو توجه حيث شئت من بلادِ الله ـ تعالى ـ، يريد به العتق، أو قال له: أنتَ طالقٌ، أو طلقتُك، أو أنتَ بائن، أو ابنتك، أو قال لأمته: أنتِ طالقٌ، أو طلقتك، أو أنتِ بائنٌ، أو ابنتُكِ، أو أنت عليَّ حرام، أو حرمتُكِ، أو أنتِ خليَّة، أو برية، أو بنة، أو اذهبي، أوِ اخرجي، أوِ اعزبي، أو تَقَنَّعِي، أو اسْتَبْرَئِي، أو اختاري ـ ونوى العتق فاختارت، وغير ذلك مما ذكرنا في الطلاق، وهذا عندنا.

وعند الشافعي يقع العتق بها إذا نوى.

ولقب المسألة أنَّ صريح الطلاق وكناياته لا يَقَعُ بها العتاق عندنا؛ خلافاً له.

وجه قوله: أن قوله لمملوكته: أنتِ طالقٌ، أو طلقتك، إثبات الإنطلاق أو إزالة القيد، وأنه نوعان:

كاملٌ، وذلك بزوال الملك والرق، وهو تفسير العتق.

وناقصٌ، وذلك بزوال اليدِ لا غير؛ كما في المكاتب والمأذون، فإذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين، فنوى ما يحتمله كلامه فصحَّتْ نيتُهُ، ولهذا إذا قال لزوجته: أنتِ حُرَّةٌ، ونوى به الطلاق، طُلِّقَتْ؛ كذا هذا.

ولنا: أن هذه الألفاظ المضافةَ إلى المملوك عباراتٌ عن زوال يد المالك عنه، أما قوله:

أنت طالق، فلأنَّ الطلاقَ عبارةٌ عن رفع القيد، والقيدُ عبارةٌ عن المنع عن العمل، لا عن الملك، والمانع يد المالك فرفع المانع يكون بزوال يده، وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضي العتق كالمكاتب؛ وكذا قوله: اذهب حيثُ شئتُ، أو توجه إلى أين شئت؛ لأنه عبارةٌ عن رفع اليد عنه، وأنه لا ينفي الرق كالمكاتب، وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع، بل هو نوع واحد، وزواله عن المملوك لا يقتضي زوال الملك كالمكاتب.

وكذا قوله: أنت بائنٌ، أو ابنتُكِ؛ لأنه ينبىء عن الفصل والتبعيد، وكذا التحريم يجامع الرق، كالأختِ منَ الرضاعةِ، والأمة المجوسية؛ ونحو ذلك؛ بخلاف قوله لامرأته: أنتِ حُرَّةٌ، لأن التحرير[1] تخليص، والقيد ثبوت فينافيه؛ ولأن ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح، وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق؛ كسائر الأعيان؛ وهذا لأن الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح، فإذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح، لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق، بخلاف قوله لامرأته: أنتِ حرة، ونوى به الطلاق؛ لأنَّ ملك المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح، فإنه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيرِهِ، فلا يختص زواله بلفظ «الطلاقِ».

ألاَ ترى أنه يزول بردة المرأة؛ وكذا بشرائها بأن اشترى الزوج امرأته، فجاز أن يزول بلفظ التحرير، ولو قال لعبده: رأسُك رأسُ حُرٍّ، أو بدنك بَدَنُ حُرٍّ، أو فرجُك فرج حر، لم يعتق، لأنَّ هذا تشبيه، لكن بحذف حرف التشبيه، وأنه جائز من باب المبالغة، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ﴾ [النمل:٨٨] أي: كمَرِّ السحاب وقال الشاعرُ: [من الطويل]

وَعَـيْـنَـاكَ عَـيْـنَـاهَـا وَجِـيـدُكَ جِـيـدُهَـا ... سِوَىٰ أَنَّ عَـظْـمَ الـسَّـاقِ مِـنْـكِ دَقِـيـقٌ[2]

فتشبيه الشيء بالشيء لا يقتضي المشاركة بينهما في جميع الصفات، وهذا معنى قولهم: كلامُ التشبيهِ لا عموم له، قال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿كَأَنَّهُنَّ اليَاقُوتُ وَالمَرجَانُ﴾ [الرحمن:٥٨] وقال ـ تعالى ـ: ﴿كَأَنَّهُنَّ بَيْضٌ مَكْنُونٌ﴾ [الصافات:٤٩] فلا يعتق ولو نون، فقال: رأسُكَ رأسُ

---

(١) في ط: التحريم.

(٢) البيت للمجنون في ديوانه ص ١٦٣، وجمهرة اللغة ص ٤٣، وخزانة الأدب ١١/ ٤٦٤، ٥٦٧، ٥٦٨، وسرّ صناعة الإعراب ١/ ٢٠٦، ولسان العرب ٨/ ١٣٦ (روع)؛ ولرجل من أهل اليمامة في جمهرة اللغة ص ٢٩٢؛ والكامل ٣/ ١٣٣، والإبدال لأبي الطيب ٢/ ٢٣١ وبلا نسبة في ويروى هكذا:

فَعيْـنـاشِ عَيْـناها وجيـدُشِ جِيـدُها ... سِوى أَنَّ عَـظْـمَ الـسَّـاقِ مِـنْـشِ دَقـيـقُ

الخصائص ٢/ ٤٢٠، وشرح المفصل ٨/ ٧٩، ٩/ ٤٨، ولسان العرب ١٠/ ١٦٨ (سوق)؛ والمقرب ٢/ ١٨٢؛ والممتع في التصريف ص ٤١١.

حر، وبدنك بدن حر، وفرجك فرج حر، فهو حُرٌّ، لأن هذا ليس بتشبيه، بل هو وصف، وقد وصف جملة، أو ما يعبر به عن جملة بالحرية، فيعتق.

ولو قال: ما أنت إلاَّ مثل الحر، أو أنت مثل الحر، لم يعتق في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ؛ كذا ذكر في الأصل؛ لأن هذا تشبيه بحرف التشبيه، والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصفات، بخلاف قوله: ما أنت إلاَّ حر؛ لأن ذلك ليس بتشبيه، بل هو تحرير، لأنه نفي وأثبت، والنفي ما زاده إلاَّ تأكيداً؛ كقول القائل لغيره: ما أنت إلاَّ فقيه.

١٥٧ب وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال كُلُّ مالي حُرٌّ، وله عبيد، لم يعتقوا/ ؛ لأنه جمع بين العبيد وغيرهم من الأموال، ووصف الكل بالحرية بقوله: كُلُّ مالي حُرٌّ، ومعلوم أن غير العبيد منَ الأموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق، فينصرف الوصف بالحرية إلى الحرية التي يحتملها الكُلُّ، وهي أن تكونَ جميعُ أموالِهِ خالصةً صافيةً له، لا حق لأحدٍ فيها، فلا تعتق عبيده، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

فصل في شرائط الركن

وأما شرائط الركن فأنواعٌ: بعضُها يرجع إلى المعتق خاصَّةً، وبعضُها يرجع إلى المعتق خاصَّة، وبعضُها يرجع إليهما جميعاً، وبعضُها يرجع إلى نفس الركن.

أما الذي يرجع إلى المعتق خاصة، فمنها: أن يكون عاقلاً[(١)] حقيقةً أو تقديراً، حتى لا يصح الإعتاق من الصبي الذي لا يعقل والمجنون[(٢)]؛ كما لا يصح الطلاق منها، وأما المجنونُ الذي يُجَنُّ في حالٍ ويفيقُ في حالٍ، فما يوجد منه في حال إفاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء، وما يوجد منه في حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتباراً للحقيقة، وأما السكران فإعتاقه كطلاقه، وقد مَرَّ ذلك في «كتاب الطلاق».

ومنها: أن لا يكون معتوهاً ولا مدهوشاً ولا مبرسماً ولا مغمىً عليه ولا نائماً حتى لا يصح الإعتاق من هؤلاء؛ كما لا يصح الطلاق منهم؛ لما ذكرنا في الطلاق.

ومنها: أن يكون بالغاً، فلا يصح الإعتاق من الصبي، وإن كان عاقلاً؛ كما لا يصح الطلاق

---

(١) أي يصح من كل من يجوز تصرفه في المال.

(٢) قال ابن المُنْذِرِ: هذا قولُ عامَّةِ أهْلِ العلم، وممَّن حفِظْنا عنه ذلِكَ؛ الحسنُ، والشَّعْبِيُّ، والزُّهْرِيُّ، ومالِكٌ، والشَّافعِيُّ، وأصحابُ الرَّأْيِ، وذلَك لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: **«رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ، وعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»**. ولأنه تبرع بالمال، فلم يصح منهما كالهبة.

ينظر: المغني ١٤/ ٣٤٩.

منه، ولو قال رجلٌ: اعتقت عبدي وأنا صبي، أو قال: وأنا نائم، كان القولُ قَولُه، والأصل فيه أنه إذا أضاف الإعتاق إلى حال معلوم الكون، وهو ليس من أهل الإعتاق فيها يصدق بأنْ قال: أعتقته وأنا صبي، أو وأنا نائم، أو مجنون، وقد علم جنونه، أو وأنا حربيٌّ في دارِ الحربِ، على أصل أبي حنيفة ومحمد، وقد علم ذلك منه؛ لأنه إذا أضاف الإعتاق إلى زمان لا يتصور منه الإعتاق، علم إن أراد به صيغة الإعتاق لا حقيقة الإعتاق، فلم يصر معترفاً بالإعتاق.

ولو قال: أعتقته وأنا مجنون، ولم يُعلم له جنونٌ، لا يصدق لأنه إذا أضافه إلى حالة لا يتيقن وجودها، فالظاهر أنه أراد الرجوعَ عما أقر به، فلا يقبل منه، ولو قال: أعتقته قَبْلَ أَنْ أخلق، أو قبل أن يخلق لا يعتق؛ لأن زمان ما قبل انخلاقه وانخلاق العبد معلومٌ، فقد أضاف الإعتاق إلى زمان معلوم الكون، ولا يتصور منه فيه الإعتاق، فلا يعتق.

وأما كونه طائعاً فليس بشرط عندنا؛ خلافاً للشافعي، والمسألةُ مَرَّتْ في «كتاب الطلاق»، وكونه جادّاً ليس بشرط بالإجماع، حتى يصح إعتاق الهازل، وكذا كونه عامداً حتى يصبح إعتاق الخاطىء؛ لما ذكرنا في الطلاق؛ وكذا التكلم باللسان ليس بشرط، فيصح الإعتاق بالكتابة المستبينة، والإشارة المفهومة؛ وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في الإعتاق بعوض وبغير عوض، إذا كان الخيار للمولى حتى يَقَع العتق ويبطل الشرط.

أما إذا كان بغير عوض فظاهرٌ؛ لأن ثبوت الخيار لفائدة الفسخ، والإعتاقُ بغير العوض لا يحتمل الفسخ؛ وكذا إن كان بعوض، لأن العوض من جانب المولى هو العتق، وأنه لا يقبل الفسخ، فلا معنى للخيار فيه، وإن كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لو ردَّ العبد العقد في مدة الخيار، فينفسخ العقد ولا يعتق؛ لأنَّ العوضَ في جانبه هو المال، فكان محتملاً للفسخ، فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال، وقد ذكرناه في «كتاب الطلاق».

وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار، وإن الخيار إن كان مشروطاً للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح؛ لأن الخيار لثبوت الفسخ، والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ، وإن كان الخيار للقاتل جاز؛ لأن ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ، ثم إذا جاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو؟

فالقياسُ أن يبطل؛ لأنه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال، وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القاتل الدية؛ كذا روي عن محمد.

أما صحة العفو وسقوط القصاص فلأن عفو الولي يصير شبهة، والقصاصُ يسقط بالشبهات، وأما وجوب الدية فلأن الولي لم يرض بإسقاطه بغير عوضٍ ولا عوض إلاَّ الدية؛ إذ هي قيمة النفس، ثم فرق بين الإعتاقِ على مال وبين الكتابة؛ فإنه يجوز فيها شرط الخيار للمولى، لأنها عقد معاوضة يلحقها الفسخ، فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع؛ بخلاف الإعتاق على مال، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

وكذا إسلام المعتق ليس بشرط، فيصح الإعتاق من الكافر، إلاَّ أن إعتاق المرتد لا ينفذ في الحال في قول أبي حنيفة، بل هو موقوفٌ، وعندهما نافذٌ، وإعتاق المرتد نافذٌ بلا خلاف، والمسألة نذكرها في «كتاب السير»، إن شاء الله ـ تعالى ـ/. ١٥٨أ

وكذا صحة المعتِقِ فيصح الإعتاق من المريضِ مرضَ الموتِ؛ لأن دليل الجواز لا يوجب الفصل، إلاَّ أن الإعتاق من المريض يعتبرُ من الثلثِ؛ لأنه يكون وصيةً.

ومنها: النية في أحد نوعي الإعتاق، وهو الكناية دون الصريح، يستوي في صريح الإعتاق وكناياته أنْ يَكُونَ ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الأصالة أو بغيره على طريق النيابة عن المولى بإذنه وأمره، وذلك أنواع ثلاثة: تفويضٌ، وتوكيلٌ، ورسالةٌ.

فالتفويضُ هو التخييرُ، والأمرُ باليد صريحاٍ وكناية على ما بينا، والأمرُ بالإعتاق كقوله: اعتق نفسك، وقوله: أنت حر إن شئت.

والتوكيل هو: أن يأمر غيره بالإعتاق بأنْ يقول لغيره: أعتق عبدي فلاناً من غير التقييد بالمشيئة.

والرسالة معروفةٌ، وقد فسرناها في «كتاب الطلاق».

والحكم في هذه الفصول في العتاق كالحكم فيها في الطلاق، وقد استوفينا الكلام فيها في «كتاب الطلاق» بتوفيق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ.

ومنها عدمُ الشك في الإعتاق، وهو شرط الحكم بثبوت العتق، فإن كان شاكّاً فيه لا يحكم بثبوته؛ لما ذكرنا في الطلاق.

وأما الذي يرجع إلى المعتق خَاصَّةً فنوعان:

أحدهما: الإضافة، فمنها أن يكون المضاف إليه العتق موجوداً بيقين، فإن لم يَكُنْ لم تصح الإضافة بأن قال لجارية مملوكة له: حملُ هذا الجارية حُرٌّ، أو ما في بطن هذه الجارية حُرٌّ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الكلام عُتق، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً لم يعتق؛ لأنها إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت اليمين تَيَقَّنا بوجوده في ذلك الوقت؛ لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، فإن ولدت واحداً لأقل منها بيوم، ثم ولدت آخر لأكثر منها بيوم، عُتِقَا جميعاً؛ لأن الأول عتق لكونه في البطن يوم الكلام، فإذا عتق الأول عتق الثاني؛ لأنهما توأمان، وأما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً من وقت التكلم، فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم؛ لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك في ثبوت الحرية، فلا تثبت مع الشك.

ومنها: الإضافة إلى بدن المعتق، أو إلى جزء جامع منه، وهو الذي يعبر به عن جميع البدن أو إلى جزء شائع عندنا، خلافاً للشافعي، حتى لو أضاف إلى جزء معين لا يعبر به عن

جميع البدن لا يصح عندنا، وعنده يصح كما في الطلاق؛ غير أنه إذا أضاف العتق إلى جزء شائع منه لا يعتق كله عند أبي حنيفة، وإنما يعتق قدر ما أضاف إليه لا غير.

وعند أبي يوسف ومحمد يعتق كله.

وفي الطلاقِ تطلق كلها بلا خلافٍ؛ بناء على العتق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ، والطلاق لا يتجزأ بالإجماع، فأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين الطلاق والعتاق.

ووجه الفرق أن ملك النكاح لا يراد به إلا الوطء والاستمتاع، وذلك لا يتحقق في البعض دون البعض، فلا يكون إثبات حكم الطلاق في البعض دون البعض مفيداً، فلزم القول بالتكامل، فأما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطء فإنه يثبت مع حرمة الوطء والاستمتاع؛ كالأمة والمجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة، وإنما وضع للاسترباح أو الاستخدام، وذلك يتحقق مع قيام الملك في البعض دون البعض؛ فكان ثبوت العتق في البعض دون البعض مفيداً فهو الفرق فلا ضرورة إلى التكامل، وَأَمَّا كون المضاف إليه العتق معلوماً، فليس بشرط لصحة الإضافة[1] عند عامة العلماء، فيصبح إضافته إلى المجهول بأنْ قال لعبديه: أحدكما حر، أو قال: هذا حر أو هذا، أو قال ذلك لأَمَتَيْهِ.

وقال نفاه القياس: شرط حتى لا تصح الإضافة إلى المجهول عندهم والكلام في العتاق على نحو الكلام في الطلاق، وقد ذكرناه في «كتاب الطلاق»، وسواء كانت الجهالةُ مقارنة أو طارئة، بأن عتق واحداً من عبيده عيناً، ثم نسي المعتق لما ذكرنا في «كتاب الطلاق».

ومنها: قبول العبد في الإعتاق على مال فما لم يقبل لا يعتق.

ومنها: المجلس وهو مجلس الإعتاق إن كان العبد حاضراً، أو مجلس العلم إنْ كان غائباً؛ لما نذكر في موضعه، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وأما الذي يرجع إليهما جميعاً فهو الملك إذ المالك والمملوك من الأسماء الإضافية، والعلاقة التي تدور عليها الإضافة من الجانبين هي الملك، فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته، فيحتاج في هذا الفصل إلى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته، وإلى بيان أنه هل يشترط أن يكون مملوكه وقت الإعتاق، وهو التكلم بالعتق أم لا؟ وإلى بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الإعتاق المضاف إليه ومن لا يدخل.

أما الأول، فالدليلُ على اعتبار هذا الشرط قولُ النبي ﷺ: **«لاَ عِتْقَ فِيمَا لاَ يَمْلِكُهُ ابْنُ**

(١) في أ: الاعتاق.

١٥٨ب آدَمَ»[١] لأن زوال ملك المحل شرط/ ثبوت العتق فيه، ولا بد للزوال من سابقة الثبوت.

وَعَلَىٰ هذا يخرج إعتاق عبد الغير بغير إذنه؛ إذ لا ينفذ لعدم الملك، ولكن يتوقف على إجازة المالك عندنا، وعند الشافعي لا يتوقف وهي مسألة تصرفات الفضولي، وموضعها «كتاب البيوع».

وكذا العبد المأذون لا يملك الإعتاق؛ وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة؛ وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب ذا رحم منه لا يعتق عليه لما قلنا، ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرمٍ من مولاه، فإن لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى، فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه، وإن كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يعتق بناءً على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده، وعندهما يملك وهي من مسائل المأذون، ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحمٍ محرمٍ من مولاه، لم يعتق في قولهم جميعاً؛ لأنَّ المولى لم يملكه؛ لأنه من كسب المكاتَب والمَولى لا يملك إكساب مكاتبه فلا يعتق، ولو اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق؛ لأن إعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم لأجل النسب، ويجوز إعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشتري قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة؛ وكذا العبد الموصي برقبته لإنسان وبخدمته لآخر إذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا.

وعلى هذا الأصل يخرجُ قول أبي يوسف في الحربي إذا أعتق عبداً حربيّاً له في دارِ الحربِ أنه يعتق لقيام الملك.

وأما عند أبي حنيفة ومحمد: فلا يعتق[٢]، وَلاَ خِلاَف في أنه إذا أعتقه وخلى سبيله

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣٢): ومسلم (٣/ ١٢٦٢): كتاب النذر باب لا وفاء لنذر في معصية الله حديث (٨/ ١٦٤١) وأبو داود (٣/ ٦٠٩ ـ ٦١٠ ـ ٦١١ ـ ٦١٢) كتاب الأيمان والنذور ـ باب من النذر فيما لا يملك ـ حديث (٣٣١٦) والترمذي (٣/ ٤٠، ٤٢): كتاب النذور والأيمان باب أن لا نذر في معصية حديث (١٥٦٢) وباب لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ـ حديث (١٥٦٦) والنسائي (٧/ ١٩) كتاب الأيمان والنذور باب النذر فيما لا يملك وابن ماجه (١/ ٦٨٦): كتاب الكفارات: باب النذر في المعصية ـ حديث (٢١٢٤) والبيهقي (١٠/ ٧٥) كتاب النذور ـ باب ما يوفى به من النذر وما لا يوفى.

ولفظ الترمذي والنسائي وابن ماجه مختصراً بذكر المرفوع من قوله ﷺ.

(٢) خلافاً للأئمة الثلاثة وعتق الحربي لا يصح بناء على أنه لا مِلْكَ له على التَّمام، بدليل إباحة أخذِه منه، وانتِفاءِ عصمته في نفسه وماله. ولنا، أنه يصح طلاقه، فصح إعتاقه، كالذِّمِّيِّ، ولأنه مالك، بالغ، عاقل، رشيد، فصح إعتاقه، كالذِّمِّيِّ. وقولهم: لا ملك له. لا يصح، فإنهم قد قالوا: إنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر، فلأن يثبت الملك له في غير ذلك أولى.

ينظر: المغني ١٤/ ٣٤٨.

يعتق، منهم من قال في العتق أنه يعتق وَإنما الخلاف في الولاء أنه هل يثبت فيه[1] أم لا؟ ذكر الطحاوي عن أبي حنيفة أن للعبد أن يوالي من يشاء ولا يكون ولاؤه للمعتق.

والصحيح أن الخلاف ثابتٌ في العتق، فإنهم قالوا في الحربي إذا دخل إلينا ومعه مماليك، فقال: هم مدبرون أنه لا يقبل قوله، وإن قال: هم أولادي أو هن أمهات أولادي قُبل قوله، فهذا يدل على أن التدبير لا يثبت في دار الحرب.

ورواية الطحاوي عن أبي حنيفة محمولة على ما إذا خرج إلى دار الإسلام وإذا خرج إلى دار الإسلام فلا ولاء له عليه عندهما، لأنه لم يعتق بإعتاقه، وإنما عتق بخروجه إلى دار الإسلام.

وعند أبي يوسف عتق بإعتاق مولاه له.

وجه قول أبي يوسف في مسألة العتق: أنه أعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الإسلام فأعتق عبداً له حربيّاً أو مسلماً أو ذميّاً، وكالمسلم إذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب، ولا شك أنه أعتق ملك نفسه؛ لأن أموال أهل الحرب أملاكهم حقيقة.

ألا ترى أنهم يرثون ويورث عنهم، ولو كانت جارية يصح من الحربي استيلاؤها إلاَّ أنه ملك غير معصوم.

ولهما أن إعتاق الحربي عبده الحربي في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق؛ لأن العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه، وهذا لا يحصل بهذا الإعتاق بدون التخلية؛ لأن يده عليه تكون قائمة حقيقة، وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسي والغلبة الحقيقية، حتى أن العبد إذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه، وإذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة، فلا يظهر معنى العتق، هذا معنى قول المشايخ: معتق بلسانه مسترق بيده؛ بخلاف ما إذا أعتق في دار الإسلام؛ لأن يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق في دار الإسلام، فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء، وبخلاف المسلم إذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب؛ لأن المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء، والغلبة الحقيقية، ولو كان عبده حربياً فأعتقه المسلم في دارِ الحربِ يعتق من غير تخلية استحساناً.

والقياسُ أن لا يعتق عندهما كالحربيِ إذَا أعتق عَبْدَهُ الحربي في دار الحرب، ومنهم من جعل المسألة على الاختلاف.

---

(١) في ط: منه.

وعلى هذا الخلاف إذا ملك الحربي في دار الحرب ذل رحم محرم منه أنه قال لا يعتق عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يعتق؛ لأن ملك القَريب يوجب العتق، فكان الخلاف فيه كالخلاف في الإعتاق.

وأما الثاني: فالإعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزاً، وإمَّا أن يكون تعليقاً بشرط، وإما أن يكون إضافة إلى وقت، فإن كان تنجيزاً يشترط قيام الملك وقت وجوده؛ لأن التنجيز إثبات العتق للحال ولا عتق بدون الملك، وإن كان تعليقاً/ ، فالتعليق في الأصل نوعان: تعليقٌ محض ليس فيه معنى المعاوضة، وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقاً من وجه ومعاوضة من وجه، والتعليق المحض نوعان أيضاً: تعليقٌ بما سوى الملك وسببه من الشروط، وتعليقٌ بالملك أو بسبب الملك، وكلٌّ واحد منهما على ضربين: تعليقٌ صورة ومعنى، وتعليق معنى لا صورة، فيقع الكلام في الحاصل في موضعين. ١٥٩أ

أحدهما: في بيان أنواعِ التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط.

والثاني: في بيان ما يظهر به وجود الشرط.

أما الأول: فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار، وكلام زيد، وقدوم عمرو؛ ونحو ذلك؛ بأن يقول لعبده إن دخلت الدار فأنت حر، أو إن كلمت فلاناً، أو إذا قدم فلانٌ؛ ونحو ذلك، فإنه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء، وهذا النوع من التعليق لا يصح إلاَّ في الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق؛ لأن تعليق العتق بالشرط ليس إلا إثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة، ولا عتق بدون الملك، ولا يوجد الملك عند وجود الشرط إلاَّ إذا كان موجوداً عند التعليق؛ لأن الظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط، وإذا لم يكن موجوداً وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط، فلا يثبت العتق عند وجوده لا محالة ولأن اليمين بغير الله ـ عزَّ وجلَّ ـ شرط وجزاء، والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده؛ لتحصيل معنى اليمين، وهو التقوى على الامتناع أو على التحصيل، فإذا كان الملك ثابتاً وقت التعليق، كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط؛ لأن الظاهر بقاء الملك إلى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين.

وكذا إذا أضاف اليمين[1] إلى الملك أو سببه، كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود

---

(١) في أ: العتق.

الشرط [أما إذا لم يكن الملك موجوداً وقت اليمين ولا وجدت الإضافة إلى الملك وسببه، لم يكن الجزاءُ غالب الوجود عند وجود الشرط، ولا متيقن الوجود عند وجوده، بل كان محتمل الوجود والعدم احتمالاً على السواء، بل كان محتمل العدم؛ لأنه معدوم الحال، فكان الظاهر بقائه على العدم؛ لأنَّهُ معدوم للحال، فلا يحصل معنى اليمين حتى لو قال لعبد لا يملكه: إن دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر، يصح حتى لو اشتراه فدخل الدار يعتق لوجود الإضافة إلى الملك، فكان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط][1] فيحصل معنى اليمين فتنعقد اليمين، ثم إذا وجد التعليق في الملك حتى صح، فالعبد على ملكه في جميع الأحكام قبل وجود الشرط، وإذا وجد الشرط وهو في ملكه يعتق، وإن لم يكن في ملكه تنحل اليمين لا إلى جزاء حتى لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، فباعه قبل دخول الدار، فدخل الدار وهو ليس في ملكه يبطل اليمين، ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق؛ لأن اليمين لا يبطل بزوال الملك؛ لأن في بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك إلا أنه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك، فإذا عاد الملك واليمين قائم عتق على ما ذكرنا في الطلاق.

ولو قال لعبده: إن بعتك فأنت حر، فباعه بيعاً صحيحاً لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط، ولو باعه بيعاً فاسداً وهو في يده، حنث لوجود الملك له فيه، ولو كان التعليق في الملك بشرطين يراعى قيام الملك عند وجود الشرط الأخير عندنا؛ خلافاً لزفر، حتى لو قال لعبده: إن دخلت هذين الدارين فأنت حرٌّ، فباعه قبل الدخول، فدخل إحدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الأخرى، يعتق عندنا، وعند زفر: لا يعتق، والمسألة مَرّتْ في «كتاب الطلاق».

ولو قال لعبده: إنْ دخلت الدار فأنت حُرٌّ إن كلمت فلاناً يعتبر قيام الملك عند الدخول أيضاً؛ لأنه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين، واليمين بالعتاق لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إلى الملك أو بسببه؛ كأنه قال له عند الدخول: إن كلمت فلاناً فأنت حر.

ولو قال لعبده: أنت حر إن شئت، أو أحببت، أو رضيت، أو هويت، أو قال لأمته: إن كنت تحبيني أو تبغضيني أو إذا حضت - فأنت حرة، فالجواب فيه كالجواب في الطلاق، وقد ذكرنا هذه المسائل وأخواتها في «كتاب الطلاق».

ولو قال: أنت حر إن لم يشأ فلان، فإن قال فلان: شئتُ في مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه، وإن قال: لا أشاء يعتق لكن لا يقول لا أشاء؛ لأن له أن يشاء في المجلس، بل لبطلان المجلس بإعراضه واشتغاله بشيء آخر بقوله: لا أشاء، ألا ترى أنه إذا/ قال إن لم يشأ ١٥٩ب

(١) سقط من ط.

فلان اليوم فأنت حر، فقال فلان: شئت لا يعتق، ولو قال: لا أشاء، لا يعتق، لأن له أن يشاء بعد ذلك ما دامت المدة باقية إلاَّ إذا مضي اليوم ولم يشأ، فحينئذٍ يعتق.

ولو علّق بمشيئة نفسه فقال: أنت حر إن شئت أنا، فما لم توجد المشيئة منه في عمره لا يعتق، ولا يقتصر على المجلس؛ لأن هذا ليس بتفريق؛ إذ العتاق بيده.

ولو قال أنت حُرٌّ إن لم تشأ، فإن قال: شئت، لا يعتق لعدم الشرط، وإن قال لا أشاء لا يعتق؛ لأن العدم لا يتحقق بقوله: لا تشاء؛ إذ له أن يشاء بعد ذلك إلى أن يموت بخلاف الفصل الأول، لأن هناك اقتصر على المجلس، فإذا قال: لا أشاء، فقد أعرض عن المجلس، وهٰهنا لا يقتصر على المجلس، فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت، فإذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصلٍ، ويعتبر من ثلث المال؛ كوقوع العتق في المرض إذِ الموتُ لا يخلو عن مقدمة مرض.

ولو قال: أنت حُرٌّ غداً إن شئت، فالمشيئة في الغد، فإن شاء في الحال لا يعتق ما لم يشأ في الغد.

ولو قال: أنت حر إن شئت غداً، فالمشيئة إليه في الحال، فإذا شاء في الحال عتق غداً؛ لأن في الفصل الأول علق الإعتاق المضاف إلى الغد بالمشيئة فيقتضي المشيئة في الغد، وفي الفصل الثاني أضاف الإعتاق المعلق بالمشيئة إلى الغد فيقتضي تقدم المشيئة على الغد.

وروي عن أبي حنيفة: أنه قال المشيئة في الغد في الفصلين جميعاً، وقال زفر: المشيئة إليه للحال في الفصلين جميعاً، ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حر، لأنه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء، فيصح في الملك ويتعلق العتق بوجود الشرط وهو الأداء إليه في ملكه، فإذا جاء بألف وهو في ملكه وخلي بينه وبين الألف [عتق][1] شاء المولى أو أبى، وهو تفسير الجبر على القبول إلاَّ أن القاضي يجبره على القبض بالحبس؛ كذا فسره محمد، فقال: إن العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق، وهذا استحسان، والقياس أنْ لا يعتق ما لم يقبض أو يقبل، وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه علق العتق بشرط الأداء إليه، ولا يتحقق الأداء إليه إلاَّ بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال: إن أديت إليَّ عبداً فأنت حر، فجاء بعبد رديء وخلي بينه وبينه، لا يعتق، ولو قيل يعتق، وكذا إذا قال: إن أديت إليَّ كراً من حنطة فأنت حُرٌّ، فأدى كرّاً من حنطة رديئة، ولو قبل يعتق، وكذا إذا قال: إن أديت إليَّ ثوباً أو دابة، فأتى بثوب مطلق أو دابة

(١) سقط من ط.

مطلقة، لا يعتق بدون القبول؛ وكذا إذا قال إن أديت إليَّ ألفاً أحج بها أو حججت بها، لا يعتق بتسليم الألف ما لم يقبل؛ وكذا إذا قال: إن أديت إليَّ هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخلية بدون القبول.

وجه الاستحسان أنَّ أداءَ المال إلى الإنسان عبارة عن تسليمه إليه، قال الله ـ تبارك وتعالى ـ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء:٥٨] أي: تسلموا، وقال ـ سبحانه وتعالى ـ خبراً عن نبيه موسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ: ﴿أَنْ أَدُّوا إِلَيَّ عِبَادَ اللَّهِ﴾ [الدخان:١٨] أي: سلموا، وتسليم الشيء عبارة عن جعله سالماً خالصاً لا ينازعه فيه أحدٌ، وهذا يحصل بالتخلية، ولهذا كانت التخلية تسليماً في الكتابة؛ وكذا في المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه إلى القبض كما لا يحتاج إليه في الكتابة والمعاوضات المطلقة مع أن التخلية تتضمن القبض؛ لأنها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل في البراجم كما في سائر المواضع.

وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسألة العبد؛ فلأنه وإن ذكر العبد مطلقاً، فإنما أراد به المقيد، وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله، فلا يعتق بأداء الرديء، فإذا قبل يعتق، لأنه إذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق، وعلم أن له فيه غرضاً آخر في الجملة، فلا يعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه، حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلي يعتق، وهو الجواب عن[1] مسألة الكر.

وأما مسألة الثوب فثم لا يعتق ما لم يقبل، ولا يعتق بأداءِ الوسط؛ لأن الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة، واسم الثوب يَقَعُ عَلَىٰ كُلِّ ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع، فكان الوسط مجهولاً جهالة متفاحشة، ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الأجناس؛ كما لا يقع على أدنى الرديء، لأن قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة إزالة الملك عن عبد قيمته ألف، ومتى بقي مجهولاً لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية، حتى لو قال: إن أديت إليَّ ثوباً هروياً فأنت حر، يقع على الوسط، وَإذَا جاء به يجبر على/ القبول؛ وكذا الجواب عن ١٦٠أ مسألة الدابة؛ لأن الدواب أجناس مختلفة تحتها أنواع متفاوتة، واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد، حتى لو قال: إن أدَّيْتَ إليَّ فرساً فأنت حر، فقد قالوا إنه يقع على الوسط ويجبر على القبول.

وأما مسألة الحج ففيها تفصيلٌ: إن قال: إن أدَّيْتَ إليَّ ألفاً فحججت بها، أو قال:

---

(١) في ط: في.

وحججت بها، فأتى بالألف لا يعتق؛ لأنه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما، ولو قال: إن أدّيت إليَّ ألفاً أحج بها يُعْتَقُ إذا خليَّ، ويكون قوله أحج بها لبيان الغرض ترغيباً للعقد في الأداء؛ حيث يصير كسبه مصروفاً إلى طاعة الله ـ تعالى ـ لا على سبيل الشرط.

ومسألة الخمر لا رواية فيها، ولكن ذكر في الكتابة أنه إذا كاتب عبده على دن من خمر أو على كذا عدد من الخنازير، على أنه متى أتى بها فهو حر، فقبل يكون كتابة فاسدة، فلو جاء بها المكاتَبُ وخلي بينه وبينها يعتق؛ لوجود الشرط، ويلزمه قيمة نفسه، فيجوز أن يقاس عليه، ويقال يعتق هٰهنا بالتخلية أيضاً.

وقال بعضُ المشايخ إن العتق في هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقةً كما في الكتابة، والصحيحُ إنه ثبت بوجود الشرط حقيقة كما في سائر التعليقات بشروطها لا بطريق المعاوضة، والمسائل تَدُلُّ عليها؛ فإنه ذكر عن بشر بن الوليد أنه قال: سمعتُ أبا يوسف قال في رجلٍ قال لعبده: إذا أدَّيْتَ إليَّ ألفاً فأنت حر، أو متى أدَّيت أو إن أدَّيت، فإنَّ أبا حنيفة قال: ليس هذا بمكاتب، وللمولى أن يبيعه؛ وكذا قال أبو يوسف ومحمد.

فإنْ أدَّىٰ قبل أن يبيعه فإن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمداً قالوا يجبر المولى على قبوله، ويعتق استحساناً، فإن مات المولى قبل أن يؤدي الألف، فالعبد رقيق يورث مع أكسابه بخلاف الكتابة، ولو مات العبد قبل الأداء وترك مالاً، فماله كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف المكاتب، وَإن بقي بعد الأداء في يده مالٌ مما اكتسبه، فهو للمولى بخلاف المكاتب، لأنَّ المكاتب في يد نفسه، ولا سبيل للمولى على أكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى.

وقالوا إن المولى لو باعه قبل الأداء صح، كما في قوله لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، بخلاف المكاتب؛ فإنه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب، وإذا رضي تنفسخ الكتابة، ولو قال لعبدين له: إن ادَّيْتُمَا إليَّ ألفاً فأنتما حران، فإن أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما؛ لأنه علق العتق بأداء الألف ولم يوجد؛ وكذا إذا أدى أحدهما الألف كلها من عنده؛ لأنه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعاً الألف، ولم يوجد الألف، فلا يعتقان؛ كما إذا قال لهما: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران، فدخل أحدهما، لا يعتق ما لم يدخل الآخر، وإن أدى أحدهما الألف كلها وقال: خمسمائة من عندي وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبي ليؤديها إليك، عُتِقَا لوجود الشرط، وهو أداء الألف منهما، حصة أحدهما بطريق الأصالة، وحصة الآخر بطريق النيابة؛ لأن هذا باب تجزىء فيه النيابة، فقام أداؤه مقام أداء صاحبه، ولو أدى عنهما رجلٌ آخر لم يُعْتَقَا لعدم الشرط وهو أداؤهما.

وَأمَا إذا أدَّىٰ الأجنبي الألف وقال: أؤديها إليك على أنهما حران فقبلها المولى على

ذلك، عتقا؛ لأن هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الأجنبي؛ كأنه قال له: إن أديت إليَّ ألفاً فعبدي حُرٌّ، ويرد المال إلى المولى[1]؛ لأن المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير، ولأن منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز أن يستحق بذلك على الغير مالاً، بخلاف ما إذا قال لآخر: طَلِّقِ امرأتك على ألفي هذه، ودفع إليه، فَطَلَّق ـ أن الألف تكون للمطلق؛ لأن الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة، إذ هو اسقاط حق، والأجنبي صار متبرعاً عنها بذلك، فأشبه ما إذا قضى عنها ديناً بخلاف العتق؛ لأنه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء، فلا يجوز أن يستحق بدلاً على الغير.

ولو أداها الأجنبي وقال: هما أمراني أن أؤديها عنهما، فقبلها المولى، عُتقا لوجود الشرط، لأنه يجوز أن يكون الرجل رسولاً عنهما، فأداءُ الرسولِ أداءُ المُرْسِلِ، فإن أدى العبد من مالٍ اكتسبه قبل القبول، عُتق لوجود الشرط، ويرجع المولى عليه بمثله؛ لأن المولى ما أذن له بالأداء من هذا الكسب؛ لأن الإذن ثبت بمقتضى القبول، والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة المغصوب؛ بأن غصب ألفاً من رجلٍ وأدى ولم يجز المغصوب منه أداءه، فإن العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المغصوب، وللمولى أن يرجع على العبد بمثلها.

وَإن أدى من مالٍ اكتسبه بعد القبول صح الأداء وعتق العبد، ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق، استحساناً.

والقياس أن يرجع؛ لأنه/ أدى مال المولى فيرجع عليه؛ كما لو اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب؛ لأنه أدى من مال نفسه؛ لأن اكتسابه ملكه إلاّ أنهم استحسنوا فقالوا إنه لا يرجع؛ لأنه أدَّىٰ بإذن المولى، فكان إقدامه على هذا القبول[2] إذناً له بالتجارة دلالة؛ لأنه لا يتوصل إلى أداء الألف إلاّ بالتجارة فيصير مأذوناً في التجارة، فقد حصل الأداء من كسبٍ هو مأذون في الأداء منه من جهة المولى، فلا يستحق الرجوع عليه، أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى في القدر الذي يؤدى ككسب المكاتب، فصار من هذا الوجه كالمكاتب، ولو كانتْ هذه أمة فولدت، ثم أدت، لم يعتق ولدها بخلافِ المكاتَبَةِ إذا ولدت ثم أدت فعتقت، أنه يعتق ولدها.

١٦٠ب

ولو قال العبدُ للمولى: حُطَّ عني مائة، فحط عنه، فأدى تسعمائة لم يعتق، لأن الشرط لم يوجد بخلاف الكتابة، فإن العتق فيها يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العفو في المعاوضات كالبيع؛ وكذا لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق، وإن قبل لعدم الشرط.

---

(١) في أ: المؤدي.
(٢) في أ: القول.

ولو قال لعبده: إن خَدَمْتَنِي سنة فأنت حر، فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته [سنة][(١)]؛ وكذا إن صالحه من الخدمة على دراهم، أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير؛ وكذا إذا قال اخدم أولادي سنة وأنت حر، فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق، وهذا كلُّه دليلٌ على أن العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة، فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه واسقاط بعض الشرط كما في سائر الأزمان؛ ألا ترى أنه إذا قال لعبده[(٢)]: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حر، فدخل أحدهما، وقال المولى: أسقطت عنك دخول الأخرى لا يسقط؛ كذا هذا.

ولو أبرأ المولى العبد من الألف لم يعتق لعدم الشرط وهو الأداء، ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق.

وذكر محمد في «الزيادات» أنه قال [لعبده][(٣)]: إن أديت لي ألفاً في كيس أبيض فأنت حر فَأدَّاهَا في كيس أسود لا يعتق، وفي الكفاية يعتق، وهذا نَصٌّ على أن العتق هٰهنا يثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة؛ بخلاف الكتابة، وإن باع هذا العبد ثم اشتراه وأدَّىٰ إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف.

وقال محمد في «الزيادات»: لا يجبر على قبولها، فإن قبلها عتق، وذكر القاضي في شرحة «مختصر الطحاوي» أنه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف، وعلى هذا إذا رده عليه بعيب أو خيار.

وجه قول أبي يوسف ظاهر مطرد على الأصل؛ لأنه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم، فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الأول؛ كما في قوله: إن دخلت الدار فأنت حر، فباعه ثم اشتراه فدخل.

وأما الوجه لمحمد فهو أن دلالة الحال دَلَّتْ عَلَىٰ التقييد بالملك القائم ظاهراً؛ لأنَّ غَرَضَهُ من التعليق بالأداء تحريضه على الكسب ليصل إليه المال، وذلك في المال القائم، وأكد ذلك بوجود العتق المرغب له في الكسب مع احتمال أن المراد منه مطلق الملك، فإذا أتى بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل، لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهراً بدلالةِ الحالِ، وإذا قبل يعتق؛ لأنه تبين أن المراد منه المطلق، ولو قال لأمته: إذا أدَّيت إليَّ ألفاً كُلَّ شهرٍ مائة فأنت حرة، فقبلت ذلك، فليس هذا بكتابة، وله أن يبيعها ما لم تؤد، وإن كسرت شهراً لم تؤد إليه ثم أدت إليه في غير ذلك الشهر لم تعتق، كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام، وذكر في

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: له.
(٣) سقط من ط.

رواية أخرى وقال هذه مكاتَبَةٌ، وليس له أن يبيعها، وإن كسرت شهراً واحداً ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزاً.

وجه هذه الرواية أنه أدخل فيه الأجل فدل أنه كتابة.

وجه رواية أبي حفص أن هذا تعليق العتق بشرط في وقت، وهذا لا يدل على أنه كتابة كما لو قال لها: إن دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غداً فأنت حرة، لا يكون ذلك كتابة، وإن أدخل الأجل فيه.

والدليل على أن الصحيح هذه الرواية أنه قال لها إذا أديت إليَّ ألفاً في هذا الشهر فأنت حرة، فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق، ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك إلاَّ بحكم الحاكم أو بتراضيهما، فدل أن هذا ليس بكتابة، بل هو تعليق بشرط لكن في وقت[1] دون وقت، ثم التعليق بالأداء هل يقتصر على المجلس، فإن قال: متى أدّيت، أو متى ما أديت، أو إذا[2] ما أديت، فلا شك أن هذا كله لا يقتصر على المجلس؛ لأن في هذه الألفاظ معنى الوقت.

وإن قال: إن أدَّيت إليَّ/ ذكر في الأصل أنه يقتصر على المجلس، وظاهر ما رواه بشر ١٦١أ عن أبي يوسف يدل أنه لا يقتصر على المجلس، فإنه قال في رواية عن أبي يوسف أنه قال في رجلٍ قال لعبده: إن أدّيتَ إليَّ ألفاً فأنت حُرّاً، أو متى أدّيْتَ، أو إن أدّيت، فقد سوى بين هذه الكلمات، ثم في كلمة: (إذ)، أو: (متى) لا يقتصر على المجلس، فكذا في كلمة (إن).

وكذا ذكر بشر ما يدل عليه؛ فإنه قال عطفاً على روايته عن أبي يوسف إن المولى إذا باعه ثم اشتراه، فأدى المال، عتق، ويبعد أن ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحدٍ، وهذا يدل على أن العتق لا يقتصرُ على المجلس في الألفاظ كلها، والوجه فيه ظاهرٌ؛ لأنه عتقٌ معلق بالشرط، فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله: إن دخلت الدار فأنت حُرٌّ، وغير ذلك.

وجه رواية الأصل أن العتق المعلق بالأداء معلقٌ باختيار العبد، فصار كأنه قال: أنت حرٌّ إن شئت، ولو قال: إن شئت يقتصر على المجلس، ولو قال: إذا شئت، أو متى شئت، لا يقتصرُ على المجلس؛ كذا هٰهنا، وسواء أدى الألف جملة واحدةً، أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين، أنه يجبر على القبول حتى إذا تم الألف يعتق؛ لأنه علق العتق بأداء الألف مطلقاً وقد أدى.

---

(١) في ط: بوقت.
(٢) في أ حيث.

وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال لعبدهِ في مرضه: إذا أدّيت إليَّ ألفاً فأنت حر، وقيمة العبد ألف، فأداها من مال اكتسبه بعد القول، فإنه يعتق من جميع المال، استحسن أبو حنيفة ذلك.

وقال زفر: يُعتق من الثلث وهو القياس، ووجهه أن الكسب حصل على ملك المولى؛ لأنه كسب عبده، فإذا أسقط حقه عن الرقبة كان متبرعاً فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة؛ لأن المولى لا يملكُ اكسابَ العبد المكاتب فكان كسبه عوضاً عن الرقبةِ، فيعتق من جميع المال.

وجه الاستحسان: أن القدر الذي يؤدى من الكسبِ الحاصلِ بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتَبِ؛ لأن المولى أطعمه العتق بأدائه إليه، فصار تعليق العتق به سبباً داعياً إلى تحصيله، فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب.

ولو قال له أدِّ إليَّ ألفاً وأنت حُرٌّ، فما لم يؤد لا يعتق؛ لأنه أتى بجواب الأمر؛ لأن جواب الأمر بالواو، فيقتضي وجوب ما تعلق بالأمر وهو الأداء.

ولو قال: أدِّ إليَّ ألفاً فأنت حُرٌّ، فلا رواية في هذا، وقبل هذا والأول سواء لا يعتق إلاً بأداء المال إليه؛ لأن جواب الأمر قد يكون بحرف الفاء، ولو قال: أدِّ إليَّ ألفاً أنت حُرٌّ، يعتق للحال، أدى أو لم يؤد؛ لأنه لم يوجد هٰهنا ما يوجب تعلق العتق بالأداء؛ حيث لم يأت بحرف الجواب، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومن هذا القبيل إذا قال لأمته: إن ولدت[1] ولداً فهو حُرٌّ، أو قال: إذا ولدت ولداً فهو حُرٌّ، ويعتبر لصحة قيام الملك في الأمة وقت التعليق؛ كما في قوله: إن ولدت ولداً فأنت حرة؛ لأن الملك إذا كان ثابتاً في الأمة وقت التصرف فالظاهر بقاؤه إلىٰ وقتِ الولادة، فلا حاجة إلى إضافة الولادِة إلى الملك فيصح، فإذا صح التعليق فكلُّ ولد تلده في ملكه يعتق، وإن ولدت في غير ملكه لا يعتق وتبطل اليمين بأنْ ولدت بعدما مات المولى أو بعدما باعها، ولو ضرب ضاربٌ بطنها فألقت جنيناً ميتاً، كان فيه ما في جنين الأمة؛ لأن الحرية تحصل بعد الولادة، والضربُ حصل قبل الولادة، فكان عبداً، فلا يجب ضمان الحر.

ولو قال: إن حملت بولد فهو حُرٌّ، كان فيه ما في جنين الحرة، لأن الحرية تحصل منها للحمل، فالضرب صادفه وهو حُرٌّ، إلاً أنا لا نحكم به ما لم تلد لأنّا لا نعلم بوجوده، فإذا ألقت فقد علمنا بوجودِهِ وقت الضرب.

---

(١) في أ: حملت.

فإن قيل: الحريةُ لا تثبت إلاَّ بعد حدوث الحياة فيه، ولا نعلم ذلك، فكيف يحكم بحريته؟ فالجواب: أنه لما حكم الشرع بالأرش على الضارب فقد صار محكوماً بحدوث الحياة فيه؛ لأن الأرش لا يجب إلاَّ بإتلاف الحي.

ولو باعها المولى فولدت عند المشتري قبل مضِّي سته أشهر، كان الولد حرّاً، والبيعُ باطلٌ؛ لأنَا تيقنا أنه باعها والحمل موجودٌ والحرية ثابتةٌ فيه، وحرية الحمل تمنع جواز بيع الأم لِمَا مَرَّ، وإنْ ولدته لستة أشهر فَصَاعِداً لم يعتق؛ لأنَّا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع، فلا يجوز فسخ البيع وإثبات الحرية [بالشك][1].

ولو قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، فولدت غلاماً وجاريةً، فهذا لا يخلو من أوجهٍ؛ أما إن علم أيهما ولد أولاً بأن اتفق المولى والأمة على أنهما يعلمان ذلك، وأما إن لم يعلم بأنِ اتفقا على أيّهما لا يعلمان، وأما إنِ اختلفا في ذلك، فإن علم أيهما ولد أولاً فإن كان الغلام هو الأول فهو رقيق؛ لأن المعلق بولادته عتق الأم، وهي إنما تُعْتَقُ بعد الولادة/ فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر في عتق الأم، وتعتق الأم بوجود الشرط، ١٦١ب وتعتق الجارية بعتقها[2].

وَإن كانت الجارية هي الأولى لم يعتق واحدٌ منهم لعدم شرط العتق، وإن لم يعلم، فالغلامُ رقيقٌ على كلِّ حالٍ؛ لأنه لا حال له في الحرية أصلاً، سواء كان متقدماً في الولادةِ أو متأخراً؛ لأنه إن كان أولاً فذاك شرط عتق أمه لا شرط عتقه، وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا.

وَإنْ كانت الجارية أولاً فولادتها لم تجعل شرط العتق في حق أحد، فلم يكنِ للغلامُ حال في الحرية رأساً، فكان رقيقاً على كلِّ حال، وأما الجارية والأم فيعتق من كلٍّ واحدة منهما نصفها، وتسعى في نصف قيمتها؛ لأن كلَّ واحدة منهما تعتق في حال وَتُرَقُّ في حالٍ؛ لأن الغلام إن كان أولاً عُتقت الأم والجارية، أما الأم فلوجود شرط العتق فيها، وأما الجارية فلعتق الأم؛ لأن الأم إذا عتقت عتقت الجارية بعتق الأم تبعاً لها، فَعُتِقَتَا جميعاً.

وإن كانت الجاريةُ أولاً لا يعتقان؛ لأنه لم يوجد شرط العتق في الأم، وإذا لم تعتق الأم لا تعتق الجارية؛ لأن عتقها بعتقها فإذا هما يعتقان في حال وَيُرَقَّانِ في حالٍ، فينتصف العتق فيهما، فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الأصل المعهود لأصحابنا في اعتبار الأحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الإمكان.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: نصفها.

وروي عن محمد أنه يستحلف المولى على علمه بالله ـ تعالى ـ ما يعلم الغلام ولد أولاً، فإن نكل عن اليمين عتقت الأم وابنتها، وكان الغلام عبداً، وإن حلف كانوا جميعاً أرقَّاء؛ وكذلك إذا لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم وارثه بعده، فأقر أنه لا يدري، وحلف بالله ـ تعالى ـ ما يعلم الغلام وُلِدَ أولاً، رقُّوا.

ووجه هذه الرواية أن الأحوال إنما تعتبر عن تعذر البيان، والبيانُ هٰهنا ممكن بالرجوع إلى قول الحالف، فلا تعتبر الأحوال، والجواب: أنه لا سبيل إلى البيان باليمين هٰهنا، لأن الخصمين متفقان على أنهما لا يعلمان الأولَ منهما، فلا يجوز للقاضي أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الأولُ منهما مع تَصَادقهما على ذلك، وإن اختلفَا فالقولُ قولُ المولى: أن الجارية هي الأولىٰ؛ لأنه ينكر العتق.

ولو قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كانت جارية فهي حرة، فولدت غلاماً وجاريةً، فإن علم أن الغلام كان أولاً عُتقت الأمُّ والجارية لا غير.

أما الأمُّ: فلوجود الشرط.

وأما الجاريةُ: فلعتق الأم.

وأما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق، فلا يؤثر فيه عتق الأم.

وإن علم أن الجارية كانت هي الأولى، عتقت هي لا غير، لأن المعلق بولادتها عتقها لا غير، وعتقُها لا يؤثر في غيرها، وإن لم يعلم أيهما أول، فالجاريةُ حُرَّةٌ على كلِّ حالٍ، والغلام عبدٌ على كلِّ حال، ويعتق نصف الأم، وتسعى في نصف قيمتها.

أما حرية الجارية على كل حال؛ فلأنه لا حال لها في الرق؛ لأن الغلام إن كان أولاً عتقت الجارية؛ لأن أمها تعتق فتعتق هي بعتق الأم، وإن كانت الجارية أولاً فقد عتقت لوجود شرط العتق في حقها، فكانت حُرَّةً على كلِّ حال.

وأما رِقُّ الغلامِ على كل حال؛ فلأنه ليس له حال في الحرية، سواء ولد أولاً أو آخراً.

وأما الأمُّ فإنما يعتق نصفها؛ لأنها تعتق في حال وتُرَقُّ في حالٍ؛ لأن الغلام إن كان هو الأول تعتق الأم والجارية أيضاً بعتق الأم، وإن كانت الجارية أولاً تعتق الجارية لا غير؛ لأن المعلق بها عتقها لا غير، وعتقُها لا يتعدى إلى عتق الأم، فإذا تعتق الأم في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها اعتباراً للأحوال، وإنِ اخْتَلَفَا، فالقولُ قولُ المولى لما بينا.

ولو قال لها: إنْ كان أول ولد تلدينه غلاماً فهو حُرٌّ، وإنْ كان جاريةً فأنت حرة، فولدت غلاماً وجاريةً، فإن علم أن الغلام ولد أولاً عُتق هو لا غير، وإن علم أن الجارية ولدت أولاً،

عتقتِ الأمُّ والغلامُ لا غير، وإن لم يعلم أيهما ولد أولاً، فالغلام حُرٌّ على كل حال؛ لأنه لا حال له في الرق، سواء كان أولاً أو آخراً، والجاريةُ رقيقة على كل حال؛ لأنه لا حال لها في الحرية، تَقَدَّمَتْ في الولادة أو تأخرت؛ لأن الغلام إن كان هو الأول لا يعتق إلا هو، وإن كانت الجارية هي الأولى لا تعتق إلاَّ الأم والغلام، فلم يكن للجارية حال في الحرية، فبقيت رقيقة، والأم يعتق منها نصفها وتسعى في نصف قيمتها؛ لأن الجارية إن كانت هي الأولى تعتق الأم كلها، وإن كان الغلام هو الأول لا يعتق شيءٌ منها، فتعتق في حال ولا تعتق في حال، فيعتق نصفها وتسعى في النصف اعتباراً للحالين وعملاً بهما بقدرِ الإمكان، وإنِ اختلفَا، فالقولُ/ قولُ المولى لما ذكرنا. ١٦٢أ

هذا إذا ولدت غلاماً وجاريةً، فأما إذا ولدتْ غُلاَمَيْنِ وجاريتين والمسألة بحالها، فإن علم أوَّلهم أنه ابن يعتق هو لا غير، لأن المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط، وإن علم أنه جارية، فهي رقيقةٌ، ومن سواها أحرارٌ؛ لأنه جعل ولادتها أولاً شرط حرية الأم، فإذا وجد الشرط عُتقت الأم ويعتقُ كلُّ مَنْ ولد بعد ذلك بعتق الأم تبعاً لها، وإن لم يعلم من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، ويسعى في ربع قيمته، ويعتق من الأم نصفها وتسعى في نصف قيمتها، ويعتق من البنتين من كل واحدة منهما ربعها، وتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها، وإنما كان كذلك.

وأما الغلامان فلأن أول من ولدت إن كان غلاماً عتق الغلام كله لوجود الشرط، وإن كان جارية عتق الغلامان؛ لأن الأم تعتق ويعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الأخرى، وقد تيقنا بحرية أحد الغلامين وشككنا في الآخر، وله حالتان يعتق في حال ولا يعتق في حال، فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام واحد ونصف من الآخر، ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه فاستويا في ذلك، وليس أحدهما في ذلك بأَوْلَىٰ من الآخر، فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، ويسعى في ربع قيمته.

وأما الأم فإنها تعتق في حال ولا تعتق في حال، لأن أول ما ولدت إن كان غلاماً لا تعتق أصلاً، وإن كانت جارية تعتق، فَتُعْتَقُ في حالٍ وتُرَقُّ في حالٍ، فيعتق نصفها وتسعى في نصفها.

وأما الجاريتان فإحداهما أمة بلا شك؛ لأن أوَّلَ ما ولدت إن كان غلاماً فهما رقيقان، وإن كانت جارية فإنَّ الأولى لا تعتق، وتعتقُ الأخرى بعتق الأم، فإذا في حالة لهما حرية واحدة، وفي حالة لا شيء لهما، فيثبت لهما نصف ذلك وليست إحداهما بأولى من الأخرى، فيصير ذلك بينهما نصفين، وهو ربع الكل، فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها، والله أعلم.

ولو قال لأمته إن ولدت غلاماً ثم جارية فأنت حرة، وإن ولدت جارية ثم غلاماً، فالغلام حر، فولدت غلاماً وجارية، فإن كان الغلام أولاً عتقت الأم لوجود شرط عتقها، والغلامُ والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق، وعتق الأم لا يؤثر فيهما، وإن كانت الجارية أولاً عُتق الغلام لوجود الشرط، والأم والجارية رقيقتان، لأن عتق الغلام لا يؤثر فيهما، وإن لم يعلم أيهما أولاً واتفقا على أنهما لا يعلمان ذلك، فالجارية رقيقة؛ لأنه لا حال لها في الحرية؛ لأنها تُرَقُّ في جميع الأحوال.

وأمَّا الغلامُ والأم فإنَّه يعتق من كل واحد منهما نصفه، ويسعى في نصف قيمته؛ لأن كل واحد منهما يعتق في حال وَيُرَقُّ في حالٍ، فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته، وإذا اختلفا، فالقولُ قولُ المولى مع يمينه على علمه، هذا إذا ولدت غلاماً وجاريةً، فأما إذا ولدت غلامين وجاريتين، والمسألة بحالها، فإن ولدت غلامين ثم جاريتين، عُتقت الأم لوجود الشرط، وعُتقت الجارية الثانية بعتقها، وبقي الغلامان والجارية الأولى أرقَّاء، وإن ولدت غلاماً ثم جاريتين ثم غلاماً عُتقت الأم لوجود الشرط، والجارية الثانية والغلام الثاني بعتق الأم، وإن ولدت غلاماً ثم جارية ثم غلاماً ثم جارية، عُتقت الأم بوجود الشرط، والغلام الثاني والجارية الثانية بعتق الأم، وإن ولدت جاريتين ثم غلامين، عُتق الغلامُ الأول لوجود الشرط، [والغلام الثاني والجارية الثانية بعتق الأم، وإن ولدت جاريتين ثم غلامين، عتق الغلام الأول لوجود الشرط]، وبقي من سواه رقيقاً.

وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية، عتق الغلام الأول لا غير لوجود شرط العتق في حقِّه لا غير؛ وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلاماً ثم جارية ثم غلاماً، عتق الغلام الأول لا غير لما قلنا.

وَإن لم يعلم بأن اتفقوا على أنهم لا يعلمون أنهم الأول، يعتق من الأولاد من كل واحد ربعُهُ، لأن أحد الغلامين مع [إحدى] الجاريتين رقيقان على كلِّ حالٍ؛ لأنه ليس لهما في الحرية، والجارية الأخرى والغلام الآخر يُعْتَقُ كل واحد منهما في حال ويُرَقُّ في حالٍ، فيعتق من كل واحد نصفه، فما أصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الأخرى نصفين؛ إذ ليست إحداهما بأَوْلَىٰ مِنَ الأخرى، فيعتق من كل واحدة ربعها؛ وكذلك ما أصاب الغلام يكون بينه وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا.

وأما الأم فيعتق منها نصفها؛ لأنه إن سبق ولادة الغلام فيعتق لوجود الشرط، وإن سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها، وتسعى في نصف قيمتها، وَإنِ اختلفوا، فالقولُ قولُ المولى مع يمينه على علمه لما قلنا.

ولو قال لها: إنْ ولدت ما في بطنك فهو حر، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم

حلف عتق ما في بطنها، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يعتق؛ لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر تَيَقَّنا بكونه موجوداً وِقْتَ التعليقِ؛ لأن الولد لا يولد لأقلِّ من ستة أشهر، فَتَيَقَّنا بكونه/ داخلاً تحت الإيجاب، وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً، لم نتيقن بوجوده، بل يحتمل أن لا يكون موجوداً ثم وجد [من][1] بعد، فلا يدخل تحت الإيجاب مع الشك، وكذا إذا قال لها: ما في بطنك حُرٌّ، إلاَّ أن هٰهنا يعتق من يوم حلف، وفي الفصل الأول يوم تلد؛ لأن هناك شرط الولادة ولم تشترط هٰهنا. ١٦٢ب

ولو قال لها إذا حملت فأنت حُرَّةٌ، فولدت لأقل من سنتين أو لسنتين من وقت الكلام، لا تعتق، وَإن ولدت لأكثر من سنتين تعتق؛ لأن يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين، فإذا ولدت لأقلِّ من سنتين أو لسنتين يحتمل أنها كانت حبلى من وقت الكلام، لا تعتق، وإن ولدت لأكثر من سنتين أو لسنتين، يحتمل أنها كانت حبلى وقت اليمين، ويحتمل أنه حدث الحمل بعد اليمين، فيقع الشك في شرط ثبوت الحرية، فلا تثبت الحرية مع الشك، فَأَمَّا إذا ولدت لأكثر من سنتين، فقد تيقنا أن الحمل حصل بعد اليمين؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين، فيعتق.

فإن قيل: أَلَيْسَ إن من أصلكم أن الوطء إذا كان مباحاً تقدر مدة الحبل بستة أشهر، فَهَلاً قدرتم هٰهنا كذلك.

فالجوابُ: إن هذا من أصلنا فيما لم يكن فيه إثبات رجعة أو إعتاق بالشك، ولو جعلنا مدة الحمل هٰهنا ستة أشهر، لكان فيه إثبات العتق بالشك، وهذا لا يجوز، ثم إن ولدت بعد المقالة لأكثر من سنتين حتى عُتقت، وقد كان وطئها قبل الولادة، فإن وطئها قبل الولادة لأقل من ستة أشهر، فعليه العقر، وإن وطئها قبل الولادة لستة أشهر فصاعداً لا عقر عليه؛ لأنها إذا ولدت لأقل من ستة أشهر منذ وطئها، علم أنه وطئها وهي حاملٌ؛ لأن الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر، فإذا وضعت لأقل من ستة أشهر بعد الوطء، علم أن العلوق حصل قبل هذا الوطء، فيجب عليه العقر؛ لأنه علم أنه وطئها بعد ثبوت الحرية، فإذا ولدت لستة أشهر فصاعداً من وقت الوطء يحتمل أن الحمل حصل بذلك الوطء، فلا يجب العقر[2]؛ لأن الوطء لم يصادف الحرية، ويحتمل أنه حصل بوطء قبله، فيجب العقر فيقع الشك في وجوب العقر، فلا يجب مع الشك، وينبغي في الورع والتنزه إذا قال لها هذا المقالة، ثم وطئها، أن يعتزلها حتى يعلم: أحاملٌ [هي][3] أم لا، فإن حَاضَتْ وطئها بعدما طهرت من حيضها؛ لجواز أنها

(١) سقط من ط.

(٢) اسم من أسماء المهر.

(٣) سقط من ط.

قد حملت بذلك الوطء فعتقت، فإذا وطئها بعد ذلك كان وطء الحرة، فيكون حراماً، فيعتزلها صيانةً لنفسه عن الحرام، فإذا حاضت تَبَيَّنَ أن الحمل لم يوجد؛ إذِ الحاملَ لا تحيض، ولهذا تستبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم.

وَلَوْ باع هذه الجارية قبل أن تلد، ثم ولدت في يد المشتري يُنظر: إن ولدت لأقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع؛ لجواز أن الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك، وإن ولدت لأقل من سنتين بعد اليمين، ينظر: إن كان ذلك لأقل من ستة أشهر قبل البيع، لا يجوز البيع؛ لأنه حدث الولد قبل البيع فعتقت هي وولدها، وبيعُ الحرِّ لا يجوز، وَإنْ كان ذلك لستة أشهر فصاعداً من وقت البيع، فإنها لا تُعتق؛ لأن مِنَ الجائزِ أن الولد حدث بعد البيع، والبيعُ قد صَحَّ فلا يفسخ بالشك

وَلَوْ قَالَ لها: إن كان حملك غلاماً فأنت حُرَّةٌ، وإن كان جارية فهي حرة، فكان حملها غلاماً وجارية، لم يعتق أحد منهم؛ لأن الحمل اسم لجميع ما في الرحم[١]؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُولاَتِ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] والمراد منه جميع ما في البطن حتى لا تنقضي العدة إلاَّ بوضع جميع ما في الرحم، وَلَيْسَ كل الحمل الغلام وحده ولا الجارية وحدها، بل بعضه غلام وبعضه جارية، فصار كأنه قال: إن كان حملك غلاماً فهو حر[٢]، وإن كان كلُّ حملك جارية فهي حرة، فولدت غلاماً وجارية، فلا يعتق أحدهم؛ وكذلك لو قال: إن كان ما في بطنك؛ لأن هذا عبارة عن جميع ما في بطنها.

ولو قال: إن كان ما في بطنك عتق الغلام والجارية؛ لأن قوله: إن كان في بطنك غلام، ليس عبارة عن جميع ما في البطن، بل يقتضي وجوده، وقد وجد غلام ووجد أيضاً جارية فَعُتِقَا.

ولو قال لها: إن كنت حبلى فأنت حرة، وولدت لأقل من ستة أشهر، فهي حرة وولدها، وإنْ ولدت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق[٣]؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فإذا أتت [به][٤] لأقل من ستة أشهر علم أن الحمل كان موجوداً وقت اليمين، فتعتق الأم لوجود شرط عتقها، وهو كونها حاملاً وقت اليمين، ويعتق الحمل بعتقها تبعاً لها، وإذا أتت لستة أشهر أو أكثر يحتملُ أن يكون لحمل[٥] حادث بعد اليمين، فلا يعتق ويحتمل أن يكون بحمل موجود وقت اليمين، فيعتق، فوقع الشك في العتق، فلا يعتق مع الشك.

---

(١) في أ: البطن.
(٢) في ط: فأنت حرة.
(٣) في ط: يعتق.
(٤) سقط من ط.
(٥) في ط: بحمل.

ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد؛ لأن كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت، إلاَّ أن التدبير تعليق بالشرط قولاً، والاستيلاد تعليق بالشرط فعلاً، لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب، وَلِكُلِّ واحِدٍ منهما كتاب مفرد.

وأما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة، فنحو أن يقول لأمته: كلُّ ولدٍ تلدينه فهو حُرٌّ، وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة؛ لانعدام حرف التعليق، وهو: (إن) و (إذا) ونحو ذلك؛ لأن كلمة: (كل) ليست كلمة تعليق، بل هي كلمة الإحاطة بما دخلت عليه؛ لكنه تعليق من حيث المعنى/ لوجود معنى التعليق فيه؛ لأنه أوقع العتق على موصوف بصفة ١٦٣أ وهو الولد الذي تلده، فيتوقف وقوع العتق على انصافه بتلك الصفة، كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحاً في قوله: إن ولدت ولداً، أو إن دخلت الدار، ونحو ذلك، فكان معنى التعليق موجوداً فيه لا يصح إلاَّ إذا كانت الأمة في ملكه وقت التعليق، حتى لو قال لأمة: لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حرٌ، لا يصح، حتى لو اشتراها فولدت منه[1] ولداً لا يُعتق الولد؛ لعدم الملك وقت التعليق؛ وعدم الإضافة إلى الملك وسببه، ويصح إذا كانت الأمة في ملكه وقت التعليق، وقيام الملك في الأمة يكفي لصحته، ولا يشترط إضافة الولادة إلى الملك للصحة بأن يقول كل ولد تلدينه وأنت في ملكي فهو حُرٌّ؛ لما بينا فيما تقدم.

ثم إن ولدت في ملكه يعتق الولد لوجود الشرط في الملك، وإن ولدت في غير ملكه لا يعتق لعدم الملك، وتبطل اليمين لوجود الشرط؛ كما إذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حُرٌّ، فباعه فدخل الدار يبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانياً فدخل الدار لا يعتق؛ كذا هذا.

وعلى هذا إذا قال لعبد يملكه أوْ لاَ يملكه: كُلُّ ولد يولد لك فهو حُرٌّ، فولد له ولد من أمة، فإن كانت الأمة ملك الحالفِ يَوْمَ حَلَفَ عتق الولد، وإلاَّ فلا، وينظر في ذلك إلى ملك الأمة لا إلى ملك العبد؛ لأن الولد في الرق والحرية يتبع الأم لا الأب، فإذا كانت الأمة على ملكه وقتَ التكلمِ، فالظاهرُ بقاء الملك فيها إلى وقتِ الولادةِ، وملك الأم سبب ثبوت ملك الولد، فصار كأنه قال: كُلُّ ولد يولد لك من أمةٍ لي فهو حُرٌّ، فإذا لم تكنِ الأمة مملوكة له في الحال، فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهراً، فلم يوجد التعليق في الملك ولا الإضافة إلى الملك، فلا يصح هذا إذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح، فأما إذا ولد منها من سفاح بأنْ زنى الغلام بها فولدت منه، هل يعتق أم لا؟ فقدِ اختلفَ المشايخُ فيه وهي من مسائل الجامع.

ولو قال لأمته: أوَّلُ ولد تلدينه فهو حُرٌّ، أو إن ولدتِ ولداً فهو حر، فولدت ولداً ميتاً،

---

(١) في أ: عنده.

ثم ولدت ولداً حيّاً، لا شك في أنه لا يعتق الولد الميت، وإن كان الولد الميت ولداً حقيقة، وهل يعتق الولد الحي؟ قال أبو حنيفة: يعتق، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق.

وَحَاصِلُ الكلام يَرْجِعُ إلىٰ كيفية الشرط، إن الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حيّ، فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق، فإذا ولدت ولداً ميتاً، فقد وجد الشرط، فينحل اليمين، فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك، وعند أبي حنيفة الشرط ولادة ولد حي، فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت، فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حَيٍّ.

وجه قولهما: إن الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق، لأنه أطلق اسم الولد ولم يقيده بصفة الحياة والموت، والولد الميت ولد حقيقة حتى تصير المرأة به نفساء، وتنقضي به العدة، وتصير الجارية أم ولدٍ له، ولهذا لو كان المعلق عتق عبداً آخر أو طلاق امرأة نزل عند ولادة ولد ميت.

وكذا إذا قال لها: إن ولدت ولداً فهو حُرٌّ، وعبدي فلان، فولدت ولداً ميتاً، عتق عبده، ولو لم تكن هذه الولادة شرطاً لما عتق، فإذا ولدت ولداً ميتاً فقد وجد الشرط، لكن المحل غير قابل للجزاء، فينحل اليمين لا إلى جزاء، وتبطل كما إذا قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، فباعه قبل الدخول، ثم دخل، تنحل اليمين، لكن لا إلى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق، وإن أمكن تقييد التعليق بالملك كأنه قال: إن دخلت الدار وأنت في ملكي مع ذلك لم يتقيد به؛ كذا هٰهنا.

ولأبي حنيفة أن الإيجاب أضيف إلى محل قابل للحرية؛ إذ العاقل الذي لا يقصد إيجاب الحرية فيما لا يحتمل الحرية لأنه سفه، والقابل للحرية هو الولد الحي، فيتقيد به؛ كأنه قال: أولُ ولدٍ تلدينه[1] حيّاً فهو حرٌّ؛ كما إذا قال لآخر: إن ضربتك فعبدي حر، أنه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث؛ لعدم قبول المحل للضرب؛ كذا هٰهنا، ولا فرق سوى أن هٰهنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقق الشرط، بخلاف ما إذا عتق بالولادة عتق عبد آخر أو طلاق امرأته، لأن هناك المحل المضاف إليه الإيجاب قابل للعتاق والطلاق، فلا ضرورة إلى التقييد بحياةِ الولدِ، كما إذا قال لها: إن ولدت ولداً فأنت حرة، أو قال: أوَّلُ ولدٍ تلدينه فأنت حرةٌ، فولدت ولداً ميتاً، عتقت، وهٰهنا بخلافه، وهو الجواب عن قوله: إذا ولدت ولداً/ فهو حُرٌّ وعبدي فلان، إن ولادة الولد الميت تصلح شرطاً في عتق عبد آخر؛ لكون المحل قابلاً للتعليق[2]، ولا تصلح شرطاً في عتق الولد لعدم قبول المحلِّ.

١٦٣ب

(١) في ط: ولدتيه.

(٢) في أ: للعتق.

ويجوز أنْ يعلق بشرط واحد جزآن، ثم ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر لمانع؛ كمن قال لامرأته: إذا حضتِ فأنتِ طالق وفلانة معك، فقالت: حضت، فكذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على الأخرى، وإن كان الشرط واحداً؛ كذا هذا.

وأما التعليق بدخول الدار، فإنما لم يتقيد بالملك، لأن التقييد للتصحيح والإيجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط، ألاَ ترى أنه يقف على إجازة المالك، والباطل لا يقف على الإجازة، وإنما الملك شرط النفاذ، أما هٰهنا فلا وجه لتصحيح الإيجاب في الميت رأساً لعدم احتمال المحل؛ إذ لا سبيل إلى إعتاق الميت بوجه، فدعت الضرورة إلى التقييد بصفة الحياة.

وذكر محمد في «الأصل» إذا قال: أوَّلُ عبدٍ يدخل عليَّ فهو حُرٌّ، فأدخل عليه عبد ميت، ثم حي، عتق الحي، ولم يذكر خلافاً، فمن أصحابنا من قال هذا قول أبي حنيفة خاصةً؛ لأن ما أضيف إليه الإيجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب إلا بصفة الحياة، فصار كأنه قال: أولُ عبد يدخل علي حَيّاً فهو حُرٌّ؛ كما في الولادة، فأما على قولهما فلا يعتق، لأن الحالف أطلق اسم العبد فيجري على إطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما في الولادة.

ومنهم مَنْ قَالَ: هذا قولهم جميعاً، قال القدوري: وهو الصحيح؛ لأنه علق العتق باسم العبد، والعبد اسم للمرقوق، وقد بطل الرق بالموت، فلم يوجد الشرط بإدخاله عليه، فيعتق الثاني لوجود الشرط في حقه بخلاف الولد؛ لأن الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة.

فإن قيل: الرقُّ لا يبطل بالموت بدليل أنه يجب على المولى كفن عبده الميت، فالجوابُ: أن وجوب الكفن لا يدل على الملك؛ ألاَ ترى أن من مات ولم يترك شيئاً فكفنه على أقاربه، وإن لم يكن هناك ملك، وإذا زال ملكه عن الميت صار الثاني أوَّل عبدٍ من عبيده أدخل عليه، فوجد الشرط فيعتق.

ومن هذا القبيل قول الرجل: كُلُّ مملوكٍ لي فهو حرٌّ، ويقع على ما في ملكه في الحال، حتى لو لم يكن يملك شيئاً يوم الحلفِ كان اليمين لغواً، حتى لو ملكه في المستقبل لا يعتق؛ لأن هذا الكلام لا يستعمل إلا للحال، فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك له في الحال.

وكذا إذا علَّق بشرطٍ قدم الشرط أو أخر بأن قال: إن دخلت هذه الدار فَكُلُّ مملوكٍ لي حُرٌّ، أو قال: إذا دخلت أو إذا ما دخلت، أو متى دخلت، أو متى ما دخلت، أو قال: كُلُّ مملوك لي حر إن دخلت الدار، فهذا كله على ما في ملكه يوم حلف، وكذا إذا قال: كُلُّ مملوك أملكه، ولا نية له؛ لأن صيغة «أفعل» وإن كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الإطلاق يرادُ به الحال عرفاً وشرعاً ولغةً، أما العرف فإنَّ مَنْ قَالَ: فلانٌ يأكلُ أو يفعلُ كذا، يريد به الحال، أو يقول الرجل: أنا أملك ألف درهم، يريد به الحال.

وأما الشرع فإنَّ مَنْ قال: أشهد أن لا إله إلا الله، يكون مؤمناً.

ولو قال: أشهد أن لفلان على فلان كذا، يكون شاهداً، ولو قال: أقِرُّ أنَّ لفلان عليّ كذا، صح إقراره.

وأما اللغة: فإن هذه الصيغة موضوعةٌ للحالِ على طريق الأصالة؛ لأنه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين وسوف، فكانت الحال أصلاً فيها، والاستقبال دخيلاً، فعند الإطلاق يصرف إلى الحال.

ولو قال: عنيت به ما استقبل ملكه، عتق ما في ملكه في الحال[1]، وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا أن ظاهر هذه الصيغة للحال، فإذا قال: أردتُ به الاستقبال، فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره، فلا يصدق فيه، ويصدق في قوله: أردت ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق عليه بإقراره؛ كما إذا قال: زينب طالقٌ، وله امرأة معروفة بهذا الاسم، ثم قال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها، طلقتِ المعروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه؛ كذا هٰهنا.

وكذا لو قال: كُلُّ مملوك أملكه الساعة فهو حُرٌّ، إن هذا يقع على ما في ملكه وقت الحلف، ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك إلاَّ أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى؛ لأن المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند الناس وهي الحال، لا الساعة الزمانية التي يذكرها المنجمون، فيتناول هذا الكلام من كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفيده بعده، فإن قال: أردتُ به من أستفيده في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه؛ لأن اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه، ولكن لا يصدق في صرفه اللفظ عمن يكون في ملكه للحال، سواء أطلق/ أو علق بشرط، قدم الشرط أو أخر، بأن قال: إن دخلت الدار فَكُلُّ مملوك أملكه حُرٌّ، أو قال: كُلُّ مملوكٍ أملكه حُرٌّ إن دخلت هذه الدار، فهذا والأول سواء في أن اليمين إنما يتعلق بما في ملكه يوم حلف؛ لأنه علق العتق بشرط، فيتناول ما في ملكه لا ما يستفيده؛ كما إذا قال: كُلُّ عبدٍ يدخل الدار فهو حُرٌّ، فإن قال: أردت به ما استحدث ملكه، عتق ما في ملكه إذا وجد الشرط باليمين وما يستحدث بإقراره؛ لأنه لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره، ويصدق في التشديد على نفسه، فإن لم يكن في ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو؛ لأنها تتناول الحال، فإذا لَمْ يَكُنْ له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوفِ عليه بخلاف قوله: إن كلمت فلاناً أو إن دخلت الدار فكلُّ مملوك أشتريه فهو حُرٌّ، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالقٌ؛ لأن قولَهُ: أشتري، أو أتزوج، لا يحتمل الحال، فاقتضى ملكاً مستأنفاً، وقد جعل الكلام أو الدخول شرطاً لانعقادِ اليمين فيمن يشتري أو يتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين.

١٦٤أ

---

(١) في ط: للحال.

ولو قال: كُلُّ مملوك أملكه اليوم فهو حُرٌّ ولا نية له، وله مملوك، فاستفاد في يومه ذلك مملوكاً آخر، عتق ما في ملكه وما استفاد ملكه في اليوم [وكذلك][1] لو قال: هذا الشهر أو هذه السنة؛ لأنه لما وقت باليوم أو بالشهر أو بالسنة فلا بد أن يكون التوقيت مقيداً، ولو لم يتناول إلا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مقيداً، فإن قال: عنيت به أحد الصنفين دون الآخر، لم يدين في القضاء؛ لأنه نوى تخصيص العموم، وأنه خلاف الظاهر، فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله - عزَّ وجلَّ -، لأن الله مُطلِعٌ على نيته.

ولو قال: كُلُّ مملوك أملكه غداً فهو حُرٌّ ولا نية له، ذكر محمد في الجامع أنه يعتق مَنْ ملكه في غدٍ، وَمَنْ كان في ملكه قبله، وهو قوله في الإملاء أيضاً وهو إحدى روايتي [ابن سماعة عن محمد][2].

وقال أبو يوسف: لا يعتق إلا مَنِ استفاد ملكه في غدٍ، ولا يعتق من جاء غد وهو في ملكه، وهو إحدى روايتي ابن سماعة عن محمد.

وجه قول محمد أنه أوجب العتق لكلِّ مَنْ يضاف إليه الملك في غد، فيتناول الذي ملكه في غد والذي[كان في][3] ملكه قبل الغد؛ كأنه قال: في الغد كُلُّ مملوك أملكه اليوم فهو حُرٌّ، فيتناول الكل.

وجه قول أبي يوسف أن قوله أملك، إن كان للحال عند الإطلاق ولكنه لما أضاف العتق إلى زمان في المستقبل انصرف إلى الاستقبال بهذه القرينة؛ كما ينصرف إليه بقرينة السين [وسوف][4] فلا يتناول الحال.

وعلى هذا الخلاف إذا قال: كُلُّ مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حُرٌّ، ورأس الشهر الليلة التي يهل فيها الهلال، ومن الغد إلى الليل، وكان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه؛ لأن رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله، إلاَّ أنهم جعلوه اسماً لما ذكرنا للعرف والعادة؛ فإنه يقال في العرف والعادة لأول يوم من الشهر هذا رأس الشهر.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال: كُلُّ مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر، قال: ليس هذا على ما في ملكه، إنما هو على ما يملكه يوم الجمعة، فهذا على أصل أبي يوسف صحيحٌ؛ لأنه أضاف العتق إلى زمان مستقبل، فإن قال: كُلُّ مملوك حُرٌّ لي يوم الجمعة، فهذا على من في ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل، لأنه عقد يمينه

---

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: أبي سماعة عنه.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ط.

على من في ملكه في الحال، وجعل عتقهم موقتاً بالجمعة، فلا يدخل فيه الاستقبال.

فَأمَا إذَا قَالَ: كُلُّ مملوك أملكه إذا جاء غد فهو حُرٌّ، فهذا على ما في ملكه في قولهم؛ لأنه جعل مجيء الغد شرطاً لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه، لكن عند مجيء غد، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومن هذا القبيل الإعتاق المضاف إلى المجهول عند بعض مشايخنا؛ لأنه تعليق معنى لا صورة، ولا يثبت العتق في أحدهما قبل الاختيار، وإنما ثبت عند الاختيار في أحدهما عيناً، وهو الذي يختار العتق فيه مقصوراً على الحال، كأنه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه، كالتعليق بسائر الشروط ومن دخول الدار وغير ذلك، إلا أنه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعاً، وهٰهنا يدخل على الحكم لا على السبب، كالتدبير والبيع بشرط الخيار، كذا قال بعض مشايخنا في كيفية الإعتاق المضاف إلى المجهول، وبعضهم نسب هذا القول لأبي يوسف، ويقال: إنه قول أبي حنيفة أيضاً.

وقال بعضُهم: هو تنجيز للعتق في غير العتق للحال، واختيار العتق في أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده، وبعضُهم نسب هذا القول إلى محمد، والحاصلُ أن الخلاف في كيفية هذا التصرف على الوجه الذي وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا، لكنه مدلول عليه ومشار إليه.

١٦٤ب أما الدلالة فإنه ظهر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في الطلاق فيمن/ قال لامْرَأتيْهِ: إحداكما طالقٌ، إن العدة تعتبر من وقت الاختيار في قول أبي يوسف، والعدة إنما تَجِبُ مِنْ وَقْتِ وقوع الطلاق، فيدل على أن الطلاق لم يكن واقعاً، وإنما يقع عند الاختيار مقصوراً عليه، وفي قول محمد تعتبر من وقت الكلام السابق، وهذا يدل على أن الطلاق قد وقع من حين وجوده، وإنما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق.

وأما الإشارة فإنه روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته، ويقال له أعتق، وهذا إشارة إلى أن العتق غير نازل في المحل، إذ لو كان نازلاً لما كان معلقاً بالذمة، ومعنى قوله يقال له أعتق، أي: اختر العتق لإجماعنا على أنه لا يكلف بإنشاء الإعتاق.

وذكر محمد في «الزيادات»: يقال له بين، وهذا إشارة إلى الوقوع في غير المعين، لأن البيان للموجود لا للمعدوم.

وإلى هذا ذهب الكرخي والقدوري وحقَّقا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد، إلاَّ أن القدوري حكى عن الكرخي أنه كان يفرق بين العتاق والطلاق، فيجعل الاختيار بياناً في الطلاق

بالإجماع من قبل أن العتاق يحتمل الثبوت في الذمة، والطلاق لا يحتمل، قال: وكان غيره من أصحابنا يسوي بينهما، لأن الطلاق أيضاً يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة.

ألاَ تَرَىٰ أن الفرقة واجبة على العنين، وإنما يقوم القاضي مقامه في التفريق وهو الصحيح أنهما يستويان، لأن تعلق العتق بالذمة ليس معناه إلاَّ انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع، وهو معنى حق الحرية دون الحقيقة، وهما في هذا المعنى مستويان.

وجه القول الأول أن قوله: أحدكما حر، تنجيز الحرية في أحدهما، وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق إلاَّ أنه تنجيز في غير المعين فيتعين بالاختيار.

ووجه القول الثاني أن العتق إما أن يثبت باختيار العتق، وإما أن يثبت بالكلام السابق، والثاني لا سبيل إليه؛ لأن اختيار العتق لم يعرف إعتاقاً في الشرع.

ألا ترى أنه لو قال لعبده: اخترت عتقك، لا يعتق، فلا بد وأن يثبت بالكلام السابق، فلا يخلو إما أن يثبت حال وجوده في أحدهما غير عين ويتعين باختياره وأما أن يثبت عند وجوده الاختيار في أحدهما عيناً، وهو تفسير التعليق بشرط الاختيار، لا وجه للأول؛ لأنه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر إلى الرقيق، أو انتقال الرق من الرقيق إلى الحر، أو استرقاق الحر، والأول محال والثاني غير مشروع، فتعين الثاني ضرورة، وهي أن يثبت العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصوراً على حال الاختيار، وهو تفسير التعليق، ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان، منهم من قال: البيان ظاهرٌ محضٌ، ومنهم من قال: هو إظهارٌ من وجهٍ، وإنشاءٌ من وجه.

واستدلوا بما ذكر محمد في «الزيادات» في موضع يقال له بين، وفي موضع يقال له أعتق، وزعموا أن المسائل تتخرج عليه، وهذا غير سديد؛ لأن القول الواحد لا يكون إظهاراً وإنشاءً؛ إذِ الإنشاء إثباتُ أمرٍ لم يكن، والإظهارُ إبداء أمرٍ قد كان، وبينهما تَنَافٍ، وثمرة هذا الاختلاف تظهر في الأحكام، وأنها في الظاهر متعارضة بعضها يدلُّ على صحة القول الأول، وبعضُها يدل على صحة القول الثاني، ونحن نشير إلى ذلك إذا انتهينا إلى بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه، فَأَمَّا ترجيح أحد القولين على الآخر، وتخريج[1] المسائل عليه فمذكوران في الخلافيات.

وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فنحو أن يقول لعبدٍ لا يملكه: إن ملكتك فأنت حر، أو إن اشتريتك فأنت حُرٌّ، وأنه صحيحٌ عندنا حتى لو ملكه أو اشتراه، يعتق، وإن لم يكن الملك موجوداً وقت التعليق.

---

(١) في ط: تخرج.

وقال الشافعي: لا يصحُ ولا يعتق.

وقال بشرُ المريسي: يَصِحُ التعليق بالملك، ولا يصح بسبب الملك، وهو الشراء.

أما الكلام مع الشافعي فعلى نحو ما ذكرنا في «كتاب الطلاق»، وأما مع بشر، فوجه قوله أن اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك ولم توجد الإضافة إلى الملك؛ لأن الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل، فلم توجدِ الإضافة إلى الملك، فلا يصح، بخلاف قوله: إن ملكتك.

ولنا أن مطلق الشراء ينصرف إلى الشراء المتعارف[1]، وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار، وأنه من أسباب الملك، فكان ذكره ذكراً للملك، والإضافةُ إليه إضافةٌ إلى الملك؛ كأنه قال: إن ملكتك فأنت حُرٌّ، ولأنه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء ١٦٥أ لثبوت/ العتق، كان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك؛ كأنه قال: إنِ اشتريتك شراء موجباً للملك، فأنت حُرٌّ. فإذا اشتراه شراءً موجباً للملك، فقد وجد الشرط فيعتق.

ولو قال: إن تسرَّيت جارية فهي حرة، فاشترى جارية فتسراها، لا تعتق عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر تعتق، ولو تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف، عُتقت بالإجماع.

وجه قول زفر: إنه وجدت الإضافة إلى الملك؛ لأن التسري لا يصح بدوُن الملك، فكانتِ الإضافة إلى التسري إضافة إلى الملك، فيصح التعليق.

ولنا أنه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الإضافة إلى الملك، والكلام فيه ولا إلى سبب الملك؛ لأن التسرِّي ليس من أسباب الملك.

ألاَ ترى أنه يتحقق في غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إلى الملك أو سببه، ولم يوجد شيءٌ من ذلك.

وأما قوله: إنَّ التسرِّي لا صحة له بدون الملك، فهذا مسلم أن الملك شرط صحة التسري وجوازه، لكن الحالف جعل وجوده شرط العتق والتسري نفسه يوجد من غير ملك، فلم يكن التعليق به تعليقاً بسبب الملك، فلم يصح.

ثم اختلف في تفسير التسري. قال أبو حنيفة ومحمد: هو أن يطأها ويحصنها ويمنعها من الخروج والبروز، سواء طلب منها الولد أو لم يطلب.

وقال أبو يوسف: طلب الولد مع التحصين شرطٌ.

---

(١) في أ: المعتاد.

وجه قوله: إن الإنسان يَطَأ جاريته ويحصنها ولا يقال لها سرية، وإنما يقال ذلك إذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده، هذا هو العرف والعادة.

ولهما أنه ليس في لفظ التسري ما يدل على طلب الولد؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون مأخوذاً من السرو، وهو الشرف، فتسمى الجارية سرية بمعنى أنه أسرى الجواري، أي: أشرفهن؛ وإما أن يكون مأخوذاً من السر، وهو الجماعُ؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة:٢٣٥] قيل: جماعاً، وليس في أحدهما ما ينبىء عن طلب الولد، ولو وطىء جارية كانت في ملكه يوم الحلف فعلقتْ منه، لم تعتق لعدم التسري؛ لأنه لم يوجد منه إلاَّ الوطء، والوطء وحده لا يكون تسرياً بلا خلاف، فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق.

ولو قال لامرأةٍ حرة: إن ملكتك فأنت حرة، أو قال لها: إن اشتريتك فأنت حرة، فارتدَّتْ عنِ الإسلام ولحقت بدار الحرب، ثم سُبِيَتْ فاشتراها الحالفُ، ذكر محمد في الجامع أن على قياس قول أبي حنيفة لا تعتق، وعند أبي يوسف ومحمد تعتق، يعني به: قياس قوله في المكاتَبِ والعبد والمأذون إذا قال: كُلُّ عبدٍ أملكه فيما استقبل فهو حُرٌّ، أو قال: كل عبد أشتريه فهو حر، فيعتق، ثم ملك عبداً أو اشترى عبداً على قول أبي حنيفة لا يعتق، وعلى قولهما يعتق، والمسألة تأتي في موضعها.

ولو قال لأمة لا يملكُها: إنِ اشتريتك فأنت حرة بعد موتي، فاشتراها صارت مدبرة؛ لأنه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء؛ لأن قَوْلَهُ أنت حرة بعد موتي صورة التدبير، وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلاً: أنت حرة بعد موتي.

وأما التعليق بالملك أو بسببه معنى لا صورة، فهو أن يقول الحر: كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر، ويتعلق العتق بملك يستفيده؛ لأنه نص على الاستقبال.

وروى ابنُ سَمَاعَةَ عن محمد في النوادر إذا قال: كلُّ جارية اشتريها إلى سنة فهي حرة، فكلُّ جارية يشتريها إلى سنة فهي حرة ساعة يشتريها، قال: وإن قال: كُلُّ جاريةٍ أشتريها فهي حرةٌ إلى سنة، فاشترى جارية لم تعتق إلى سنة؛ لأنه في الفصل الأول عقد يمينه على الشراء في السنة، فتعتق كل جارية يشتريها في السنة ساعة الشراء؛ كأنه قال عند الشراء أنت حرة فتعتق، وفي الفصل الثاني جعل الشراء شرطاً لعتق مؤقت بالسنة، فكأنه قال بعد الشراء أنت حرة إلى سنة، قال: ولو قال: كُلُّ مملوكٍ أشتريه فهو حر غداً، فهذا عندي على كل مملوك يشتريه قبل الغد، وإن اشترى مملوكاً غداً لا يعتق؛ لأنه جعل الشراء شرطاً لزوال حرية مؤقتة بوجوه العد، فلا بد من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به.

ولو قال: كُلُّ مملوكٍ أملكه إلى ثلاثين سنة، فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة أوَّلُهَا من حين حلف بعد سكوته في قولهم جميعاً، ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك؛ لأنه لما أضاف العتق إلى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل، وإذا انصرف إلى الاستقبال لا يحمل

على الحال؛ إذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غداً عند محمد؛ لأن ذاك ليس أصلاً إلى الاستقبال، بل هو إيقاع عتق على موصوف بصفة، فيتناول كل من كان على تلك الصفة.

وكذلك إذا قال: كُلُّ مملوكٍ أملكه ثلاثين سنة أو في ثلاثين سنة، أو قال: أملكه إلى سنة أو سنة أو في سنة، أو قال/ أملكه أبداً، أو إلى أن أموت، فهذا كله باب واحدٌ يَدْخُلُ فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه؛ لأنه أضاف الحرية إلى المستقبل، فإن قال: أردت بقولي كل مملوكٍ أملكه سنة، أن يكون ما في ملكه يوم حلف مستداماً سنة، دِينَ فيما بينه وبين الله - تعالى - ولم يدين في القضاء؛ لأن الظاهر إنه إنما وقت السنة لاستفادة الملك، لا لاستمرار الملك القائم، فلا يصدق في العدول عن الظاهر.

١٦٥ب

ولو قال: إن دخلت الدار فكلُّ مملوك أملكه يومئذٍ فهو حر، أو قال: إذا قدم فلانٌ فكلُّ مملوك أملكه يومئذٍ فهو حرٌ، ولا نية له في عتق ما في ملكه يوم دخل الدار؛ لأنه علق عتق كل عبد يكون مملوكاً له يوم الدخول بالدخول؛ لأن معنى قوله: «يومئذٍ» أي: يوم الدخول، هذا هو مقتضى اللغة؛ لأن تقديره يوم إذا دخل الدار؛ لأنه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين، فيعتق كل ما كان مملوكاً له يوم الدخول، فكأنه قال عن الدخول: كل مملوك لي فهو حر، وسواء دخل الدار ليلاً أو نهاراً؛ لأن اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق؛ قال الله - سبحانه وتعالى -: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلاَّ مُتَحَرِّفاً لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ﴾ [الأنفال:١٦] وهذا الوعيد[1] يلحق المولى دبره ليلاً ونهاراً؛ ولأن غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط، فلا يختص بوقت دون وقت.

ولو قال: كل مملوك اشتريته فهو حر إن كلمت، أو إذا كلمت فلاناً، أو إذا جاء غدٌ، لا نية له، فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام، فكلُّ مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تكلم عتق، وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق، ولو قدم الشرط فقال: إن كلمت فلاناً، أو إذا كلمت فلاناً، أو إذا جاء غدٌ، فكل مملوك اشتريته فهو حُرٌ، فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله، حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام، ثم كلم لا يعتق واحد منهم، وما اشترى بعده يعتق.

ووجه الفرق أن في الفصل الأول جعل الكلام شرط انحلال اليمين؛ لأن قوله: كلُّ مملوكٍ أشتريه فهو حر، يمينٌ تامَّةٌ لوجود الشرط والجزاء؛ فإذا قال: إن كلمت فلاناً، فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها، فإذا كلمه انحلت، فلا يدخل ما بعد الكلام؛ كقوله: كل مملوك لي حر إن دخلت الدار.

(١) في ط: الوعد.

وفي الفصل الثاني جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين، فإذا كلمه الآن انعقدت اليمين، فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله، فيصير كأنه قال عند الكلام: كل مملوك أشتريه فهو حُرٌّ، وذلك يتناول المستقبل.

ولو قال: كُلُّ مملوك أشتريه إذا دخلت الدار فهو حُرٌّ، أو قال: إن قدم فلان، فهذا على ما يشترى بعد الفعل الذي حلف عليه، ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك إلاَّ أن يعينهم؛ لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين، فيصير عند دخول الدار كأَنَّهُ قال: كُلُّ مملوكٍ أشتريه فهو حُرٌّ.

والدليل على أنه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين أن قوله: كل مملوك أشتريه، شَرْطٌ، وقوله: إذا دخلت الدار شرط آخر، ولا يمكن أن يجعلا شرطاً واحداً لعدم حرف العطف، ولا سبيل إلى إلغاء الشرط الثاني؛ لأن إلغاء تصرف العاقل مع إمكان تصحيحه خارج عن العقل، ولتصحيحه وجهان:

أحدهما: أن يجعل الشرط الثاني مع جزائه يميناً وجزاء الشرط الأول، وحينئذٍ لا بد من إدراج حرف الفاء؛ لأن الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير.

والثاني: أن يجعل شرط الانعقاد وفيه تغيير أيضاً بجعل المقدم من الشرطين مؤخراً، إلاَّ أنَّ التغيير فيه أقل؛ لأنَّ فيه تبديل محل الكلام لا غير، وفي الأول إثبات ما ليس بثابت، فَكَانَ الثاني أقل تغييراً، فكان التصحيح به أولى، وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين الشرط والجزاء، ولو نوى الوجه الأول صحت نيته؛ لأن اللفظ يحتمله؛ ولهذا قال محمد: إلاَّ أن يعني غير ذلك، فيكون على ما عنى.

ولو قال: المكاتَبُ أو العبدُ المأذون كل عبد أملكه فهو حر، فعتق، ثم ملك عبداً لا يعتق؛ لأن قوله «أملك» للحال لما يتناوله للحال نوع ملك إلاَّ أنه غير صالح للإعتاق، فتنحل اليمين لا إلى الجزاء.

ولو قال: كُلُّ مملوكٍ أملكه إذا أعتقت فهو حرٌّ، فعتق، فملك عبداً عتق؛ لأنه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه، وإنه ملك صالح للإعتاق، فصحت الإضافة بخلاف الصبي إذَا قَالَ كُلُّ مملوك أملكه بعد البلوغ فهو حر، ثم بلغ فملك عبدً أنه لا يعتق؛ لأن الصبي ليس من أهل الإعتاق تنجيزاً وتعليقاً لكونه من التصرفات الضارة المحضة/ فأما العبد فهو من أهله؛ لكونه عاقلاً بالغاً إلاَّ أنه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه، وهو الملك الصالح، فإذا علق بملك يصلح شرطاً له صح. ١٦٦

ولو قال: كلُّ مملوكٍ أملكه فيما استقبل فهو حرٌّ، أو قال: كُلُّ مملوكٍ أشتريه فهو حر، فعتق، فملك بعد ذلك عبداً أو اشترى عبداً لا يعتق عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: يعتق.

وجه قولهما إن قوله: «أملكه» فيما استقبل يتناول كل ما يملكه إلى آخر عمره، فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر؛ ولأنَّ في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه، وفي الحملِ عَلَىٰ الحال إبطاله، فكان الحمل على الاستقبال أولى.

ولأبي حنيفة أنَّ للمكاتَبِ نوع ملك ضروري ينسب إليه في حالة الرق في حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق، ألاَ ترى إلى قولِ النبيِّ ﷺ: «**مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ...**» الحديث، أضاف المال إليه بلام الملك، دلَّ أن له نوع ملك فهو مراد بهذا الإيجاب بالإجماع، بدليل أنه لو قال: إن ملكت هذا العبد بعينه في المستقبل فهو حر، فملكه في حال الكتابة فباعه، ثم اشتراه بعدما صار حرّاً، لا يعتق، وتنحل اليمين بالشراء الأولِ؛ لأن الملك المجازى مراد، فخرجت الحقيقة عن الإرَادَةِ كي لا يؤدي إلى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظٍ واحدٍ، وقد قالوا في عبد قال: لله - تعالى - عليَّ عتقُ نسمةٍ أو إطعام مسكين، لزمه ذلك، وكان عليه إذا عتق؛ لأن هذا إيجاب الإعتاق والإطعام في الذمة، وذِمَّتُهُ تحتمل الإيجاب، فيصح، ويلزمه الخروج عنه بعد العتق.

ولو قال: إنِ اشتريت هذا العبد فهو حر، أو إنِ اشتريت هذه الشاة فهي هدي، لم يلزمه ذلك في قياسِ قَوْلِ أبي حنيفة حتى يضيف إلى ما بعد العتق، فيقول: إنِ اشتريتُه بعد العتق.

وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمانه.

لأن مِنْ أصْلِ أبي حنيفة أن العبد يضاف إليه الشراء في الحال، وَإن كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة.

ومن أصلهما أن هذا يتناول ما يستقبل من الشراء في عمره وتصحيح اليمين أيضاً أولى مِنْ إبطالها.

وقد قالوا جميعاً في مكاتب أو عبد قال: إن دخلت هذه الدار فعبدي هذا حرٌّ، ثم أعتق، فدخل الدار - لم يعتق العبد؛ لأن هذا الملك غير صالح للعتق، ولم توجد الإضافة إلى ما يصلح، وقالوا في حرٍّ قال لامرأةٍ حُرَّةٍ: إذا ملكتك فأنت حرة، أو إذا اشتريتك فأنت حرة، فارتدت ولحقت بدارِ الحربِ، ثم سبيت فاشتراها الحالف - أنها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة، وعندهما تعتق بناء على أنَّ مِن أصل أبي حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل في الحال، وهو ملك النكاح هٰهنا، والشراء أيضاً يصلحُ عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح، والحرية أيضاً تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق.

وكلام أبي حنيفة في هذا الفصل ظاهر؛ لأنَّ اليمينَ تحمل على ما يسبق إلى الأوهام،

ولا تنصرفُ الأوهام إلى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسبيها؛ لأنَّ ذلك غير مظنون بالمسلمة، فكان صرف كلامه إلى ما ذكرنا أولى من صرفه إلى ما تسبق إليه الأوهام، وَمِنْ أصلهما أنه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي الصالح للإعتاق، وهو الذي يوجد بعد السبي.

ولو قال لها: إذا ارتددتِ وسبيتِ فملكتك أو اشتريتك فأنت حرة، فكان ذلك، عتقت في قولهم؛ لأنه أضاف العتق إلى الملك الحقيقي فيضاف إليه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وَمِنْ هذا القبيل إذا قال: أوَّلُ عبد أشتريه فهو حر، فاشترى عبداً عتق؛ لأن الأول اسم لفرد سابق وقد وُجد، ولوِ اشترى عبدين معاً لم يعتق أحدُهما؛ لأنه إن وجد معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد، فإنِ اشترى عبدين معاً ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث؛ لأنه إن وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق، وقد استشهد محمد في الكتاب لبيان الثالث ليس بأول أنه لو قال: عبدٍ أشتريه[1] فهو حُرٌّ، فاشترى عبدين معاً، ثم اشترى آخر، ثم مات المولى ـ أنه يعتق الثلث فدل أنه آخر، وإذا كان آخراً لا يكون أوَّلاً ضرورةٍ؛ لاستحالة كونه ذات واحد[2] من المخلوقين أولاً وآخراً.

ولو قال: أوَّلُ عبد أشتريه واحداً فهو حُرٌّ، عتق الثالث؛ لأنه أعتق عبداً يتصف بكونه فرداً سابقاً في حال الشراء، وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث، ولو قال: آخرُ عبدٍ أشتريه فهو حُرٌّ، فاشترى عبداً، ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم يعتق؛ لأن الآخر اسم لفردٍ لاحق، وهذا فرد سابق، فكان أولاً لا آخراً، ولو اشترى عبداً ثم مات المولى عتق الثاني؛ لأنه آخر عبد اشتراه.

واختلف/ في وقت ثبوت العتق، فعند أبي حنيفة: يُعتق يوم اشتراه، وعند أبي يوسف ومحمد: يَوْمَ مات. ١٦٦ب

وجه قولهما: إنه علق العتق بصفة الآخرية، وإنما يتحقق عند موته إذا لم يشتر آخراً.

ألاَ تَرَىٰ أنه لو اشترى بعده عبداً آخر، خرج[3] هو مِن أنْ يَكُونَ آخراً، فيتوقف اتصافه بكونه آخراً على عدم الشراء بعده، ولا يتحقق ذلك إلاَّ بالموت.

لأبي حنيفة أنه لما لم يشتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخراً يوم[4] اشتراه، إلا أنَّا كُنَّا لا نعرف ذلك لجواز أن يشتريَ آخر بعده، فتوقفنا في تسميته آخراً، فإذا لم يشتر آخر حتى

---

(١) في ط: اشتريته.
(٢) في ط: واحدة.
(٣) في ط: حرم.
(٤) في أ: من حين.

مات زال التوقف، وتبين أنه كان آخراً من وقت الشراء، ولوِ اشترى عبداً ثم عبدين معاً لم يعتق أحدهم.

أما الأولُ: فلا شك فيه؛ لأنه أوَّلٌ فلا يكون آخراً، وَأمَّا الأخران؛ فلأن الآخر اسم لفرد لاحق، ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما، وَأمَّا بيان ما يظهر به وجود الشرط، فالحالف لا يخلو إما أن يكون مقرّاً بوجود الشرط، وإما أن يكون منكراً وجوده، فإن كان مقرّاً يظهر بإقراره كائناً ما كان من الشرط، وَإن كان منكراً، فإن كان الشرط مما لا يعرف إلاَّ من قبل المحلوف بعتقه كمشيئة ومحبة وبغضة والحيض ونحو ذلك، يظهر بقوله، وإذا اختلفا كان القولُ قَولَهُ، لأنه إذا كان أمراً لا يعرف إلاَّ من قبله، كان الظاهر شاهداً له، فكان القول قولَهُ، وإن كان أمراً يمكن الوصول إليه من قبل غيره؛ كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو، ونحو ذلك، إذا اختلفا لا يظهر إلاَّ بينةٍ تَقُومُ عليه من العبد، ويكون القولُ عند عدم البينة قولَ المولى؛ لأنَّ العبد يدعي عليه العتق، وهو ينكر، فَكَانَ القولُ قولَ المنكر مع يمينه، وَلَوْ كَانَ الشرط ولادة الأمة بأن قال لها: إن ولدت فأنت حرة، فقالت: ولدت، فكذبها المولى، فشهدت امرأةٌ على الولادةِ، لا تعتق عند أبي حنيفة حتى يَشْهَدَ بالولادةِ رجلان أو رجلٌ وامرأتان، وعندهما تعتق بشهادةِ امرأةٍ واحدةٍ ثقةٍ، والمسألة مَرَّتْ في فصول العدة من «كتاب الطلاق».

وأما الثالث: وهو بيان مَنْ يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الإعتاق المضاف إليه وَمَنْ لا يدخل، فنقول وبالله التوفيق: يدخل تحته عبد الرهن، والوديعة، والآبق، والمغصوب، والمسلم، والكافر، والذكر، والأنثى؛ لانعدام الخلل في الملك والإضافة.

ولو قال: عنيتُ به الذكور دون الإناث، لم يدين في القضاء؛ لأنه أدخل كلمة الإحاطة على المملوك، فإذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وأنه خلاف الظاهر، فلا يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله ـ تعالى ـ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه، ويدخل فيه المدبَّرُ، والمدبَّرَةُ، وأمُّ الولد، وولداهما؛ لما قلنا.

ألاَ ترى أن للمولى أنْ يَطَأ المدبرة وأم الولد مع أنَّ حِلَّ الوطء منفى شرعاً إلاَّ بأحد نوعي الملك مطلقاً بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْر مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٦] ولا يدخل فيه المكاتب إلاَّ أن يعينه؛ لأنه خرج على يده بعقد الكتابة، وصار حراً يداً، فاختل الملك والإضافة، فلا يدخل تحت إطلاق اسم المملوك؛ ولهذا لا يحل له وطؤها، ولو وطئها يلزمه العقر، وإن عنى المكاتبين عتقوا؛ لأنَّ الاسم يحتمل ما عنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق، وكذا لا يدخل فيه العبد الذي أعتق

بعضه، لأنه حُرٌّ عندهما، وعنده بمنزلة [المكاتب][(١)]، ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دَيْنٌ أو لم يكن؛ لما قلنا.

وأما عبيد عبده المأذون إذا لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، فهل يدخلون؟

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يدخلون إلاَّ أن ينويهم.

وقال محمدٌ: يدخلون من غير نية.

وجه قوله: إنه لم يَكُنْ على العبد دينٌ فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق.

ولهما أن في الإضافة إليه قصور، ألا ترى أنه يقال هذا عبد فلان، وهذا عبد عبده، فلا يدخل تحت مطلق الإضافة إلا بالنية؛ لأنه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الإضافة، والحاصلُ أنَّ محمداً يعتبر نفس الملك ولا خلل في نفسه، وهما يعتبران معه الإِضَافَةَ، وفي الإِضافة خللٌ، واعتبارهما أولى؛ لأن الحالف اعتبر الأمرين جميعاً بقوله: كلُّ مملوكٍ لي، فما لم يوجدا على الإطلاق لا يعتق.

وَإِنْ كَانَ على عبده دينٌ محيط برقبته وبما في يده لم يعتق عبيده عند أبي حنيفة، وإن نواهم؛ بناءً على أصله أن المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون ديناً مستغرقاً لرقبته وكسبه.

وقال أبو يوسف: إن نواهم عُتقوا؛ لأنهم مماليكه، إلاَّ أنهم لا يضافون إليه عند الإطلاق، فإذا نوى وفيه تشديدٌ على نفسه عُتقوا، وعند محمد يعتقون وإن لم ينوهم بناء على ما ذكرنا أنَّ محمداً لا ينظر إلا إلى الملك؛ وهما ينظران إلى الملك والإضافة جميعاً، ولا يدخل فيه مملوك/ بينه وبين أجنبي؛ كذا قال أبو يوسف؛ لأنَّ بَعْضَ المملوكِ لا يسمى مملوكاً حقيقية، وإن نواه عتق استحساناً؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه في الجملة، وفيه تشديد على نفسه فيصدق، وهل يدخل فيه الحمل؟ ١٦٧أ

إن كانت أمة في ملكه يدخلُ ويعتق بعتقها، وإن كان في ملكه الحمل دون الأمة[(٢)]؛ بأن كان موصى له بالحمل لم يعتق؛ لأنه لا يسمى مملوكاً على الإطلاق؛ لأن في وجوده خطراً، ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه.

والدليل عليه أنه لو قال: إن اشتريتُ مملوكين فهما حُرَّان، فاشترى جارية حاملاً لم يعتقا؛ لأنَّ شرط الحنث شراء مملوكين، والحملُ لا يسمى مملوكاً على الإطلاق؛ وكذا لو قال

(١) في ط: المكاتبة.

(٢) في أ: الأم.

لأمتِهِ كُلُّ مملوكٍ لي غيرك [فهو][1] حر، لم يعتق حملها، فثبت أن إطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل، فلا يعتق إلاَّ إذا كانت أمة في ملكه فيعتق بعتقها، لأنه في حكم أجزائها.

وَأمَّا التعليقُ الذي فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والإعتاق على مال، أما الكتابة فلها كتاب مفرد، وأما الإعتاق على مال فالكلام فيه في مواضع: في بيان ألفاظه، وفي بيان ماهية الإعتاق على مال، وفي بيان ما يصح تسميته فيه من البدل وما لا يصح، وفي بيان حكم صحة التسمية وفسادها.

أما الأولُ: فنحو أن يقول لعبده: أنت حر على ألف درهم، أو بألف درهم، أو على أن تعطيني ألفاً، أو علَىٰ أن تؤدي إليَّ ألفاً، أو على أن تجيئني بألفٍ، أو على أنَّ لي عليك ألفاً، أو على ألف تؤديها إليَّ.

وكذا لو قال: بعتُ نفسك منك على كذا، أو وهبتُ لك نفسك على أن تعوضني كذا، فهذا وقوله: أنت حرٌّ على كذا، أو أعتقك على كذا ـ سواءٌ إذا قبل عتق لما ذكر فيما تقدم أن البيع إزالة ملك البائع عن المبيع، والهبة إزالة ملك المواهب عن الموهوب.

ثم لو كان المشتري والموهوب له ممن يصح له الملك في المبيع والموهوب يثبت الملك لهما، والعبد ممن لا يصح أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة، فنفى البيع والهبة إزالة الملك لا إلى أحد ببدل على العبد، وهذا تفسير الإعتاق على مال.

ولو قال: أَنْتَ حُرٌّ وَعَلَيْكَ ألف درهم، يعتق من غير قبول، ولا يلزمه المال عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يعتق إلاَّ بالقبول، فإذا قبل عتق ولزمه المال، وعلى هذا الخلاف إذا قال العبد لمولاه: أعتقني ولك ألفُ درهم، فأعتقه، والمسألة ذكرت في «كتاب الطلاق».

وأما بيان ماهيته: فالإعتاق علَىٰ مال من جانب المولى تعليقٌ، وهو تعليق العتق بشرط قبول العرض، فيراعى فيه من جانبه أحكام التعليق، حتى لو ابتدأ المولى فقال: أنت حر على ألف درهم، ثم أراد أن يرجع عنه قبل قبول العبد، لا يملك الرجوع عنه ولا الفسخ ولا النهي عن القبول، ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد، ولا يشترط حضور العبد حتى لو كان غائباً عن المجلس يَصِحُّ، ويصح تعليقه بشرط، وإضافته إلى وقتٍ؛ بأن يقول له: إنْ دخلتَ الدارَ، وَإن كلَّمتَ فلاناً فأنت حُرٌّ على ألف درهم، أو يقول: إنْ دَخَلْتَ، أو إنْ كلمت فلاناً فأنت حُرٌّ على ألف درهم غداً، أو رأس شهر كذا؛ ونحو ذلك، ولا يصح شرط الخيار فيه بأن قال: أَنْتَ حُرٌّ على ألفٍ، على أني بالخيار ثلاثة أيام.

---

(١) سقط من ط.

ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق؛ لأنه من جانبه تمليك المال بالعوض؛ وهذا معنى معاوضة المال، فيراعى فيه من جانبه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه، حتى لو ابتدأ العبد فقال: اشتريتُ نفسي منك بكذا، فله أنْ يَرْجِعَ عنه ويبطل بقيامه عن المجلس قَبْلَ قبول المولى، وبقيام المولى أيضاً، ولا يقف على الغائب عن المجلس، ولا يحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت؛ بأن قال: اشتريت نفسي منك بكذا إذا جاء غد، أو قال: عند رأسِ شهرٍ كذا.

ولو قال: إذا جاء غَدٌ فأعتقني على كذا جاز؛ لأن هذا توكيل منه بالإعتاق حتى يملك العبد عزله قَبْلَ وجود الشرط وبعده وقبل أن يعتق، ولو لم يعزله حتى أعتقه نفذ إعتاقه، ويجوز بشرط الخيار لهما عند أبي حنيفة على ما ذكرنا في «كتاب الطلاق» في فصل «الخلعُ والطلاق على مال»، ولا يصحُ الإعتاق على مال إلاَّ في الملك؛ لأنَّ التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك؛ وكذا المعاوضة.

ويعتق العبد بنفس القبول؛ لأنهُ من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط، فينزل المعلق، كالتعليق بدخول الدار وغيره، ومن جانب العبد معاوضة، وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض في المعاوضات كالبيع ونحوه؛ بخلاف قوله: إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حر؛ لأنَّه لَيسَ فيه معنى المعاوضة رأساً، بل هو تعليقٌ محضٌ، وقد علقه بشرط الأداء، فلا يعتق قبله، والعتق هٰهنا تعلق بالقبول، فإذا قبل عتق.

ولو قال المولى: أعتقتك أمس بألفِ درهم، فلم يقبل، وقال العبد: قبلت، فالقولُ قولُ المولى مع يمينه؛ لأنه من جانب المولى تعليقٌ بشرط القبول، والعبد يدعي وجود الشرط والمولى ينكر، فكان القولُ قولَ المولى؛ كما لو قال لعبده: إنْ دَخَلْتَ الدار اليوم فأنت حر، فمضي اليوم والعبد يدعي الدخول، وأنكر المولى، كان القولُ قولَ المولى؛ كذا هٰهنا/ . ١٦٨أ

ولو كان [هذا][1] الاختلاف في البيع، كَانَ القولُ قولَ المشتري؛ بأن قال البائعُ: بعتك عبدي أمس بألف درهم، فلم تقبل، وقال المشتري: بل قبلت، فالقولُ قولُ المشتري، والفرق أن البيع لا يكون بيعاً إلا بعد قبول المشتري، فإذا قال: بعتُك، فقد أقر بالقبول، فبقوله لم تقبل، يريدُ الرجوع عما أقر به وإبطال ذلك، فلم يقبل بخلاف الإعتاق على مالٍ، لأن كونه تعليقاً لا يقف على وجود القبول من العبد، إنَّما ذاك شرط وقوع العتق، فكان الاختلاف واقعاً في ثبوت العتق وعدمه، فكان القولُ قولَ المولى.

(١) سقط من ط.

ولو اختلف المولى والعبد في مقدار البدل، فالقولُ قولُ العبد؛ لأنه هو المستحق عليه المال، فكان القولُ قولهُ في القدر المستحق كما في سائر الديون، ولأنه لو وقع الاختلاف في أصل الدين كان القولُ قولَ المنكر، فَكَذَا إذا وقع في القدر، وَإِنْ أَقَامَا بينة، فالبينة بينة المولى؛ لأنها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالأداء إذا اختلفا في مبلغ المال أنَّ القولَ فيه قولُ المولى؛ لأن الاختلاف هناك وقع في شرط ثبوت العتق، إذا هو تعليق محضٌ، فالعبد يدعي العتق على المولى وهو ينكر، فكان القول قوله، وإن أقاما البينة، فالبينةُ بينة العبد؛ لأن الأصل هو العمل بالبينتين ما أمكن، إذْ هو عمل بالدليلين، وهٰهنا أمكن الجمع بينهما لعدم التنافي؛ لأنا نجعل كأن المولى علق عتقه بكلٍّ واحد من الشرطين على حياله، فأيهما وجد عتق، ثم إذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور ديناً في ذمته إذا كان مما يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة على ما تبين، ويسعى وهو حُرٌّ في جميع أحكامه.

وذكر على الرازي أصلاً فقال: المستسعى على ضربين: كُلُّ مَنْ يسعى في تخليص رقبته فهو في حكم المكاتب عند أبي حنيفة، وكلُّ من يسعى في بدل رقبته الذي لزمه بالعتق، أو في قيمة رقبته لأجل بدل شرط عليه أو لدين ثبت في رقبته فهو بمنزلة الحرّ في أحكامه، مثل أن يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسرٌ.

وكذلك العبد المأذون إذا أعتق عليه دين، وكذلك أمة أعتقها سيدها على أن تتزوجه فقبلت، ثم أبت، فإنها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة، وكذلك إذا قال لعبده: أنت حُرّ رقبتك، فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر، وإنما كان كذلك لأن السعاية في هذه الفصول لزمت بعد ثبوت الحرية، وفي الفصل الأول قبل ثبوتها، وإنما يسعى ليتوسل بالسعاية إلى الحرية عند أبي حنيفة.

وَعَلَىٰ هذا لو أبرأ المولى المكاتب من مال الكتابة، فلم يقبل، فهو حر وعليه أن يؤدي الكتابة؛ لأنَّ الإبراء يصح من غير قبول إلاَّ أنه يرتد بالرد، لكن فيما يحتمل الرد، والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد، والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد، فيعتق ويلزمه المال.

ولو قال لأمته: أنت حرة على ألف درهم، فقبلت ثم ولدت ثم ماتت، لم يكن على الولد أنْ يَسْعَىٰ في شيء مما أعتقت عليه؛ لأنها عتقت بالقبول، ودَيْنُ الحرة لا يلزم ولدها، وسواء أعتق عبده على عوض فقبل، أو نصف عبده على عوض فقبل ـ أنه يصح غير أنه إذا أعتق نصفه على عوض فقبِل يعتق نصفه بالعوض ويسعى العبد في نصف قيمته عن النصف الآخر، فإذا أدّىٰ بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الأداء بمنزلة المكاتَبِ في جميع أحكامه إلاَّ أنه لا يرد في الرق، وهذا قول أبي حنيفة.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يُعتق كله ولا سعاية عليه بناءً على أن العتق يتجزأ عنده،

فعتق البعض يوجب[١] عتق الباقي، فيجب تخريجه إلى العتاق، فيلزمه السعاية، وعندهما لا يتجزأ، فكان عتق البعض بعوض عتقاً للكل بذلك العوض، وذكر محمد في الزيادات فيمن قال لعبدِهِ: أنت حر على ألف درهمٍ أنت حر على مائة دينار، فقال العبد: قد قبلت، عتق، وكان عليه المالان جميعاً.

وكذا لو قال لامرأتِهِ: أنت طالقٌ ثلاثاً على ألف درهم، أنت طالقٌ ثلاثاً على مائة دينار، فقالت: قد قبلت، فطلقت ثلاثاً بالمالين جميعاً، وهذا قول محمدٍ.

وقال أبو يوسف في مسألة الطلاق القبول على الكلام الأخير، وهي طالقٌ ثلاثاً بمائة دينار.

قال الكرخي: وكذلك قياسُ قوله في العتق

ووجهه/ أنه لما أوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر فقدِ انفسخَ الإيجاب الأول، ١٦٨أ فَتَعَلَّقَ القبولُ بالثاني كما في البيع، ولمحمد أن الإعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج، وأنه لا يحتمل الانفساخ، فلم يتضمن الإيجاب الثاني انفساخ الأول، فيصح الايجابان وينصرف القبول إليهما جميعاً؛ إذ هو يصلح جواباً لهما جميعاً، فيلزم المالان جميعاً بخلاف البيع؛ لأن إيجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثاني انفساخ الأول.

وَلَوْ بَاعَ المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوضٍ، فله أن يبيع العوض قبل القبض؛ لأنه مملوك بسبب لا ينفسخ بهلاكه، فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث، وله أن يعتقَهُ على مالٍ مؤجلٍ، ويكون ذلك ديناً عليه مؤجلاً، وله أن يشتري منه شيئاً يداً بيدٍ، ولا خير فيه نسيئةً؛ لأن من أصل أصحابنا أن جميع الديون يجوزُ التصرفِ فيها قبل القبض؛ كأثمان البياعات والعروض والغصوب، إلاَّ بدل الصرف والسلم إلاَّ أنه لا بد من القبض في المجلس؛ لئلا يكون افتراقاً عن دين بدين، ولو أعطاه كفيلاً بالمال الذي أعتقه عليه فهو جائز، لأنه صار حرّاً بالقبول، والكفالة بدينٍ على حر جائزة؛ كالكفالة بسائر الديون، وولاؤه يكون للمولى لأنه عتق على ملكه والمال دين على العبد؛ لأنه في جانبه معاوضة والمولى أيضاً لم يرض بخروجه عن ملكه إلاَّ ببدل، وقد قبله العبد، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما بيان ما تصح تسميته من البدل وما لا تصح، وبيان صحة[٢] التسمية وفسادها؛ فالبدلُ لا يخلو إما أن يكون عين مال، وإما أن يكون منفعة وهي الخدمة؛ فإن كان عين مال، فإما أن يكون بعينه بأن كان معيناً مشاراً إليه، وإما إن كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار

(١) في أ: لا يوجب.
(٢) في ط: حكم.

إليه، فإن كان بعينه عتق إذا قبل؛ لأن عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضاً؛ لأنه مال معصوم متقوم معلوم، ثم إن أجاز المالك سلم عينه إلى المولى، وإن لم يجز فعلى العبد قيمة العين؛ لأن تسميته قد صحت، ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته؛ إذِ الإعتاق على القيمة جائزٌ؛ كما إذا قال: أعتقتُكَ على قيمة رقبتك، أو على قيمة هذا الشيء فقبل يعتق؛ وكذا عدم الملك في باب البيع لا يمنعُ صحة التسمية[1] أيضاً حتى لو اشترى شيئاً بعبد مملوكٍ لغيره صَحَّ العقدُ إلاَّ أنَّ هناك إن لم يجز المالك يفسخ العقد؛ إذ لا سبيل إلى إيقاعه على القيمةِ؛ إذ البيع على القيمة بيع فاسدٌ، وههُنا لا يفسخ لإمكان الإيقاع على القيمة؛ إذِ الإعتاق على القيمة إعتاقٌ صحيحٌ، فتجب قيمته كما في [باب][2] النكاح والخلع والطلاق على مال، وإن كان بغير عينه، فإن كان المسمى معلومَ الجنس والنوع والصفة؛ كالمكيل والموزون ـ فعليه المسمى، وإن كان معلوم الجنس، والنوع مجهول الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية، فعليه الوسط في ذلك، وإذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول؛ لأن جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلاً عما ليس بمالٍ؛ كالمهر، وبدل الخلع، والصلح من دم العمد.

وإن كان مجهول الجنس؛ كالثوب والدابة والدار، فعليه قيمة نفسه؛ لأن الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية.

وَالأصل فيه إن كل جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل في باب «النكاح»، وَالكَلاَمُ فيه كالكلامِ في المهر، وقد ذكرناه على سبيلِ الاستقصاء في «كتاب النكاح»، إلاَّ أن هناك إذا فسدت التسمية يجب مهر المثل، وههُنا تجب قيمة العبد؛ لأن الموجب الأصلي هناك مهر المثل؛ لأنه قيمة البضع وهو العدل والمصير إلى المسمى عند صحة التسمية، فإذا فسدت صير إلى الموجب الأصلي، والموجبُ الأصلي ههُنا قيمة العبد؛ لأن الإعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشيء هي التي تعادله إلاَّ أن عند صحة التسمية يعدل عنها إلى المسمى، فإذا فسدت وجب العوض الأصلي وهو قيمة نفس العبد، وإن كان البدل منفعة وهي خدمته بأن قال لعبده: أنت حر على أن تخدمني سنة، فقبل، فهو حر حين قبل ذلك، والخدمة عليه أن يؤخذ بها؛ لأن تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى؛ كما إذا أعتقه على مال عين، فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة؛ لأنه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أنْ يأْخُذُوا العبد بقيمة نفسه، وإن كان قد خدم بعض السنة، فلهم أن يأخذوه بقدرِ ما بقي من الخدمة، وَهَذَا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) في ط: التسليم.

(٢) سقط من ط.

وقال محمد: يؤخذُ العبدُ/ بقيمة تمام الخدمة إن كان لم يخدم، وإن كان قد خدم بَعْضَ ١٦٨ب الخدمةِ يُؤخَذُ بقيمةِ ما بقي من الخدمة.

وكذلك إذا قال: أنتَ حُرٌّ على أنْ تَخْدِمَنِي أربع سنين، فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه، وعلى قول محمدٍ عليه قيمة خدمته أربع سنين، ولو كان العبد خدمه ثم مات المولى، فعلى قولهما على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه، وعلى قول محمدٍ عليه قيمة خدمته ثلاث سنين.

وكذلك لو مات العبد وترك مالاً يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه عندهما، وعنده يقضي بقيمة الخدمة.

وأصلُ المسألةِ أن من باع العبد من نفسه بجارية بعينها، ثم استحقت الجارية، فعلى قولهما يرجع العبد بقيمة نفسه، وعلى قول محمد يَرْجَعُ عليه بقيمة الجارية، وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد بها عيباً فردها، فهو على هذا الاختلاف.

وجملة الكلام فيه: أن المولى إذا قبض العوض ثم استحق من يده، فإن كان العوضُ بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة، أو العروض والحيوان كالثوب الهروي والفرس والعبد والجارية، فعلى العبد مثله في المكيل والموزون والوسط في الفرس والحيوان؛ لأنَّ العقدَ وَقَعَ على مال في الذمة، وإنما المقبوض عوض عمًّا في الذمة، فإذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقي موجب العقد على حاله، فله أن يرجع على العبد بذلك، وإن كان عيناً في العقد وهو مكيل أو موزون، فكذلك يرجع المولى على العبد بمثله لما قلنا، وإن كان عرضاً أو حيواناً، فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يرجع على العبد بقيمة نفسه، وقال محمدٌ: يرجع عليه بقيمة المستحق.

وجه قول محمد إن العقد لم يفسخ باستحقاق العوض؛ لأنه لا يحتمل الفسخ فيبقى موجباً لتسليم العوض، وقد عجز عن تسليمه، فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد.

ولهما أن العقد قد انفسخ في حق أحد العوضين وهو المستحق؛ لأنه تبين أنه وقع على عين هي ملك المستحق ولم يجز، وإذا انفسخ العقد في حقه لم يبق موجباً على العبد تسليمه، فلا يجب عليه قيمته، وانفساخُهُ في حق أحد العوضين يقتضي انفساخه في حق العوض الآخر، وهو نفس العبد إلاَّ أنه تعذر إظهاره في صورة العبد فيجب إظهاره في معناه، وهو قيمته، فتجب عليه؛ إذْ قيمته قائمة مقام رد عينه؛ كمن باع عبداً بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم إنه يجب على البائع رد قيمة العبد لا ردّ قيمة الجارية؛ كذا هٰهنا.

ثُمَّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الاختلاف في العيب إذا كان العيب فاحشاً؛ لأن العيب الفاحش في هذا الباب يوجب الردَّ بلا خلاف كما في «باب النكاح»، فأما إذا كان غير فاحش، فكذلك عندهما.

وأما عند محمد فلا يملك ردها؛ لأنه مبادلة المال بمال ليس بمال فأشبه النكاح، والمرأة في «باب النكاح» لا تملك رَدَّ المهر إلاَّ في العيب الفاحش؛ وكذا المولى هٰهنا.

ولو قال عبدُ رجلٍ لرجل: اشتر لي نفسي من مولاي بألف درهم فاشتراه، فالوكيلُ لا يخلو إما أن يبين وقت الشراء أنه يشتري نفس العبد للعبد، وإما أن لم يبين، فإن بين جاز للشراء وعتق العبد بقول[1] الوكيلِ ويجب الثمن؛ لأنه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل.

ثم ذكر في الجامع أن المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد، فقد جعل هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه، لأن حقوق العبد إنما ترجع إلى الوكيل في مثل هذه المعاوضة.

وذكر في «كتاب الوكالة» أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل، واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد.

وإن لم يبين يصير مشترياً لنفسه لا للعبد؛ لأنه إذا لم يبين، فالبائع رضي بالبيع لا بالإعتاق.

فلو قلنا إنه يصير مشترياً للعبد ويعتق، لكان فيه إثبات الولاية على البائع من غير رضاه، وهذا لا يجوز، وكذلك لو بين لكنه لو خالف في الثمن بأنِ اشترى بزيادة يكون[2] مشترياً لنفسه لما قلنا.

هذا إذا أمر العبدُ رجلاً، فأما إذا أَمَرَ الرجل[3] العبدَ بأن يشتري نفسه من مولاه بألف درهم، فاشترى، فإن بين وقت الشراء أنه يشتري للآمر فيكون للآمر ولا يعتق، لأنه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآمر، ويصير قابضاً لنفسه بنفس العقد؛ لأنه في يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن؛ لأنه صار مسلماً إياه حيث عقد على شيءٍ هو في يده وهو نفسه، ولو وجد الآمر به عيباً له أن يرُدَّهُ، ولكن العبد هو الذي يتولى الرد؛ لأنه وكيلٌ، وحقوق هذا العقد ترجع إلى العاقد، وإن لم يبين وقال/ لمولاه بِعْ نفسي مني بألف درهم، فباع، صار مشترياً لنفسه وعتق؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق، وكذا إذا بين وخالف أمره يصير مشترياً لنفسه ويعتق.

١٦٩أ

---

(١) في ط: بقبول. (٢) في أ: لا يكون. (٣) في ط: رجل.

ولو قال لعبدٍ واحدٍ: أنت حر على ألف درهم، فقبل أن يقبل قال له: أنت حُرٌّ على مائة دينار، فإن قال قبلت بالمالين عتق ويلزمه المالان جميعاً بلا خلاف، وإن قال قبلت مبهماً ولم يبين، فكذلك في قول محمد.

وكذلك لو قال لامرأتِهِ: أنت طالقٌ ثلاثاً على ألف درهم، أنت طالق ثلاثاً على مائة دينار، أنها إن قالت قبلت بالمالين طلقت بالمالين بلا خلاف، وإن أبهمت بأن قالت قبلت، طلقت ثلاثاً بالمالين جميعاً في قول محمدٍ.

وأما عند أبي يوسف: فالقبولُ على الكلام الأخير في المسألتين، ووجهه أن القبول خرج عقب الإيجاب الأخير فينصرف إليه، ولأنه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثاني انفساخ الأول كما في البيع، فيتعلق القبول بالثاني كما في البيع، ولمحمدٍ الفرق بين الإعتاق والطلاق على مال وبين البيع وهو أن الإعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج، وأنه لا يحتمل الانفساخ، فلم يوجب الثاني رفع الأول بخلاف البيع؛ لأنه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثاني ارتفاع الأول، هذا إذا قبل بالمالين أو قبل على الإبهام، فَأمَّا إذا قبل بأحد المالين بأنْ قال: قبلت بالدراهم أو قال: قبلت بالدنانير، ذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أنه لا يعتق، وعلل بأن للمولى أنْ يقولَ: أعتقتك بالمالين جميعاً، فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك، وذكر أبو يوسف في الآمالي أنه يعتق، ووجهه أن المولى أتى بإيجابين مختلفين فَكَانَ للعبدِ أن يقبل بأيهما شاء.

ولو قال: أنت حُرٌّ عَلَىٰ ألف درهم أو مائة دينار، فإن قبل بأحد المالين عيناً عتق؛ بأن قال: قبلت بالدراهم، أو قال: قبلتُ بالدنانير؛ لأنه أعتقه بأحد المالين، وإن قبل بأحد المالين غير عين، عتق أيضاً لوجود الشرط، ويلزمه أحد المالين، والبيان إليه؛ كما إذا قال: لفلانٍ علي ألفُ درهم أو مائة دينار، يلزمه أحدهما، والبيان إليه كذا.

وَلَوْ قال: قبلتُ بالمالين لا شك أنه يعتق، لأن في قبول المالين قبول أحدهما، فوجد شرط العتق فيعتق، ويلزمه أحد المالين؛ لأنه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزيادة، والبيان إلى العبد يختار أيهما شاء؛ وكذلك إذا قال: قبلت ولم يبين، يعتق ويلزمه أحد المالين، وخيار التعيين إليه؛ لأن قوله: «قبلت» يصلحُ جواب الإيجاب، فيصير كأنه قال: قبلت بأحدهما، ولم يعين، أو قبلت بهما، وهناك يعتق وخيار التعيين إليه؛ كذا هٰهنا.

وعلى هذا إذا قال لامرأته: أنت طالقٌ على ألف درهم أو على مائة دينار، فقبلت بأحدهما عيناً أو غير عينٍ، أو قبلت بالمالين أو أبهمت؛ لما قلنا في العتق، وكذلك لو قال: أنتَ حُرٌّ عَلَىٰ ألفِ درهمٍ أو على ألفين إلاَّ أن هٰهنا إذا قبل بالمالين يعتق بألف ولا يخير؛ لأن الجنس متحدٌ، والتخييرَ بين الأكثر والأقل في الجنس الواحد لا يفيد؛ لأنه لا يختار إلا الأقل

بخلاف الفصل الأول، لأن هناك اختلف الجنس، فكان التخيير مفيداً، هذا كله إذا أضاف العتق إلى معين، فإن أضافه إلى مجهولٍ بأن قال لعبديه: أحدكما حُرٌّ بألف درهم، لا يعتق واحدٌ منهما ما لم يقبلا جميعاً، حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر، لا يعتق؛ لأن قوله: «أحدكما» كما يقع على القابل يَقَعُ على غير القابل، فمنَ الجائز أنه عَنَىٰ به غير القابل.

ألاَ تَرَىٰ أن له أن يقولَ: عنيتُ به غير القابل، فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه إثبات العتق بالشك، وإن قبلا جميعاً، فإن قبل كُلُّ واحد منهما بخمسمائة لا يعتق واحدٌ منهما؛ لأنه أعتق أحدهما بألف لا بخمسمائة، وإن قبل كل واحد منهما بألف؛ بأن قال: كُلُّ واحدٍ منهما قبلت بألف درهم، أو قال: قبلت، ولم يقل بألف، أو قالا ما قبلنا بألفٍ، أو قالا: قبلنا، ولم يذكرا الألف، عُتق أحدهما بألف لوجود شرط العتق، وهو قبول كل واحد منهما الألف، ويقال للمولى: اختر العتق في أحدهما؛ لأنه هو الذي أجمل العتق فكان البيان إليه، فأيهما اختار عُتق ولزمته الألف، فإن مات قبل البيان يعتق من كلِّ واحد منهما نصفه بخمسمائة، ويسعى في نصف قيمته؛ لأنه لما مات قبل البيان وَقَدْ شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين.

١٦٩ب ولو قال: أحدكما حُرٌّ بألف درهم، فقبلا، ثم قال: أحدُكما حر بألف درهم، أو قال:/ أحدكما حر بغير شيءٍ، فاللفظ الثاني لغوٌ لأَنَّهما لما قبلا العتق بالإيجاب الأول فقد نزل العتق في أحدهما لوجود شرط النزول، وهو قبولهما فالإيجاب الثاني يَقَعُ جميعاً بين حُرٍّ وعبدٍ، فَلاَ يَصِحُّ ولو لم يقبلا، ثم قال: أحدُكما حُرٌّ بغيرِ شيءٍ، عتق أحدهما باللفظ الثاني بغير شيء؛ لأنهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالإيجاب الأول، فَصَحَّ الإيجاب الثاني، وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عينٍ، فيقال للمولى: اصْرفِ اللفظ الثاني إلى أحدهما، فإذا صَرَفَهُ إلى أحدهما عتق ذلك بغير شيء؛ لأن التنجيز حَصَلَ بغير بدل.

وأما الآخر: فَإِنْ قبل البدل في المجلس يُعتق، وإلاَّ فلا، لأن الإيجاب الأول وقَعَ صحيحاً لحصولهِ بين عبدين، وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه ضرب إشكال، وهو أنَّ شرط وجوب الحرية لأحدهما هو قبولهما، ولم يوجد هٰهنا إلاَّ قبول أحدهما فينبغي أنْ لا يعتق العبد الآخر.

والجوابُ: أن الإيجاب أضيف إلى أحدهما، ألاَ تَرَىٰ أنه قال: أحدُكما حُرٌّ وقد وجد القبول من أحدِهما هٰهنا إلاَّ أنه إذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعاً؛ لاحتمال أنه أراد به الآخر، فإذا عينه في التخيير علم أنه ما أراده بالإيجاب الأول، لأن الإعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول، وقد قبل فيعتق، ولو قبلا جميعاً قبل البيان عُتِقَا؛ لأن العتق لم ينزل بالإيجاب الأول، لأنه تعليق العتق بشرط القبول، فلا ينزل قبل وجود

الشرط، فيصحُ الإيجاب الثاني، فإذا قبلا جميعاً فقد تيقّنا بعتقهما؛ لأنَّ أيهما أريد بالإيجاب الأول عتق بالقبول، وأيهما أريد بالإيجاب الثاني عتق من غير قبول؛ لأنه إيجاب بغير بدلٍ، فكان عتق كُلُّ واحدٍ منهما متيقناً به، لكن عتق أحدهما بالإيجاب الأول وعتق الآخر بالإيجاب الثاني فيعتقان ولا يقضي عليهما بشيء؛ لأن أحدهما وإن عتق بالإيجاب ببدل إلاَّ أنه مجهولٌ، والقضاء بإيجاب المال على المجهول متعذرٌ؛ كرجلين قالا لرجلٍ لك على أحدنا ألف درهم أنه لا يلزمهما بهذا الإقرار شيءٌ؛ لكون المقضى عليه مجهولاً؛ كذا هذا.

ولو لم يقبلا جميعاً ولكن قبل أحدُهما لا يعتق إلاَّ أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما، وهو قبول أحدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه، ثم إن صرف المولى اللفظ الثاني إلى غير القابل، عتق غير القابل بغير شيء، وعتق القابل بألف، وإنْ صرف اللفظ الثاني إلى القابل عتق القابل بغير شيء، وعتق غير القابل باللفظ الأول بألف إن قبل في المجلس، لأن القابل منهما يعتق بالإيجاب الأول، وأنه إيجاب ببدل فيعتق ببدل، وغير القابل يعتق بالإيجاب الثاني، وأنه إيجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل.

وولو قال لعبديه: أحدكما حر بغير شيء، ثم قال: أحدكما حر بألف درهم، فالكلام الثاني لغوٌ؛ لأن أحدهما عتق بالإيجاب الأول لوجود تنجيز العتق في أحدهما، فالثاني يَقَعُ جميعاً بين الحر والعبد فيبطل.

ولو قال: أحدكما حر بألف درهم، فقبل أن يقبلا، قال: أحدُكما حُرٌّ بمائة دينار، فإنْ قبل كلُّ واحد منهما العتق بأحد المالين بأن قبل أحدهما بألف درهم وقبل الآخر بمائة دينار، أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر، أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمالٍ واحدٍ لا يعتق واحدٌ منهما؛ لأن للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقولُ: عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك، فإن قبلا جميعاً بالمالين بأن قال كلُّ واحد منهما: قبلت بالمالين، أو قالا جميعاً قد قبلنا، يخير المولى فيقال له إما أن تصرف اللفظين جميعاً إلى أحدهما فنجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقاً، وإما أن تصرف أحد اللفظين إلى أحدهما، والآخر إلى صاحبه، فيعتق أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار؛ لأن الإيجابين وَقَعَا صحيحين.

أما الأول فلا شك فيه؛ ولأنه أضيف إلى أحد العبدين، وكذا الثاني لأن الإيجاب الأول لم يتصل به القبول، والعتق معلقٌ بالقبول، فالإيجاب الثاني حصل مضافاً إلى أحد عبدين فيصح، ومتى صح الإيجاب الثاني فيحتمل أنه عنى به من عناه بالإيجاب الأول، ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر لذلك خير المولى، فإن مات قبل البيان عتق مِن كل واحد ثلاثة أرباعه بنصف المالين، لأن أحدهما حُرٌّ بيقين؛ لأنه أراد الإيجاب الثاني غير مَنْ أراده بالأول، فكان

الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق، وإن أراد بالثاني عَيْنَ مَنْ أراده بالأول، كان الثابت الكلامين عتق واحدٍ، فإذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الآخر يثبت/ في حالٍ ولا يثبت في ١٧٠أ حال فينصف، فثبت عتق ونصف عتق بالمالين، وليس أحدهما بكمال العتق بأولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما، فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالين، ويسعى في ربع قيمته.

ولو قال لعبدٍ له بعينه: أنت حر على ألف درهم، فقبل أن يقبل جمع بين عبد له آخر وبينه، فقال أحدكما حر بمائة دينار، فقالا: قبلنا، يخير المولى، فإن شاء صرف اللفظين إلى المعين وعتق بالمالين جميعاً، وإن شاء صرف أحد اللفظين إلى أحدهما والآخر إلى الآخر وعتق المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار؛ لأن الإيجابين صحيحان لما قلنا، فيحتمل أنه أراد بالثاني المعين أيضاً، ويحتمل أنه أرادَ به غير المعين، فيقال له بين، فأيهما بَيَّنَ فالحكمُ للبيان، فإن مات قبل البيان عتق المعين كله؛ لأنه دخل تحت الإيجابين جميعاً.

أما الإيجاب الأول فلا شك فيه، لأنه خصه به فلا يشاركه فيه غيره.

وَأَمَّا الإيجاب الثاني فلأن قَوْلَهُ: «أحدكما» يَقَعُ على كل واحد منهما، فإذا قبل الإيجابين وجد شرط عتقه فيعتق، فيلزمه ألف درهم وخمسون ديناراً، أما الألف فلأنه لا مشاركة للثاني فيهما، وَأَمَّا نصف المائة الدينار فلأنه في حال يلزمه مائة دينار وهي ما عناه باللفظين، وفي حالٍ لا يلزمه منها شيء وهي ما إذا عنى باللفظ الثاني غيره فينتصف ذلك فيلزمه خمسون ديناراً.

وَأَمَا غير المعين فإنه يعتق نصفه بنصف المائة؛ لأنه يعتق في حالٍ ولا يعتق في حالٍ؛ لأنه إن عناه بالإيجاب الثاني يعتق كله بكلِّ المائة، وإن لم يعنه لا يعتق شيء منه، ولا يلزمه شيء، فيعتق في حالٍ ولم يعتق في حالٍ، فتعبر الأحوال ويعتق نصفه بنصف المائة وهو الخمسون.

هَذَا إذا عرف المعين من غيرِ المعين، فإن لم يعرف وقال: كُلُّ واحدٍ منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين وهو نصف الألف، ونصف المائة الدينار؛ لاستوائهما في ذلك، والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كلُّ واحد منهما ثلاثة أرباع العتق، ويسعى في ربع قيمته.

ولو قال لعبديه: أحدكما حُرٌّ على ألف درهم، والآخر على خمسمائة، فإن قالا جميعاً قبلنا، أو قال كُلُّ واحدٍ منهما: قبلت بالمالين، أو قال كُلُّ واحد منهما: قبلت بأكثر المالين، عُتقا جميعاً، فيلزم كلّ واحدٍ منهما خمسمائة، أما عتقهما فلأن الإيجابين خرجا على الصحة

بخروج كُلِّ واحد منهما بين عبدين، والمراد بالإيجاب الثاني هٰهنا غير المراد بالإيجاب الأول، فإذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما جميعاً وانقطع خيار المولى هٰهنا فيعتقان جميعاً، وَعَلَىٰ كلِّ واحدٍ منهما خمسمائة؛ لأنَّ أحدهما عتق بألف والآخر بخمسمائة، لكنّا لا ندري الذي عليه الألف والذي عليه خمسمائة، إلاَّ أنا تيقنا بوجوب خمسمائة على كلِّ واحد منهما، وفي الفصل الثاني شك فيجب المتيقن، ولا يجب المشكوك فيه؛ كاثنين قالا لرجلٍ: لك على أحدنا ألف درهم، وعلى الآخر خمسمائة، لا يطالب كل واحد منهما إلا بخمسمائة؛ لما قلنا؛ فكذا هذا.

ولو قبل أحدهما بأقل المالين والآخر بأكثر المالين، عتق الذي قبل العتق بأكثر المالين؛ لأنه لا يخلو إما أن عناه المولى بالإيجاب بالأقل، أو بالإيجاب بالأكثر، فتيقنا بعتقه، ثم في الأكثر قدر الأقل وزيادة فيلزمه خمسمائة؛ كأنه قال: قبلت بالمالين، فيلزمه الأقل وهو خمسمائة، ويصير العتق كأنه قال: لك عليَّ ألف درهم أو خمسمائة، وَلَوْ قال ذلك لزمه الأقل؛ كذا هٰهنا.

ولو قبل كلُّ واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان؛ لأن حجة المولى لم تنقطع لأن لَهُ أن يقولَ لم أعتقك بهذا المال، بخلاف ما إذا قبل أحدهما بأكثر المالين؛ لأن الأقل داخل في الأكثر.

ولو قال: أحدُكما حُرٌّ بألف والآخر بألفين، فإن قبلا بأن قال كل واحد منهما قبلت بالمالين، أو قالا: قبلنا، عُتقا لوجود شرط عتقهما، وَعَلَىٰ كُلِّ واحد منهما ألف؛ لأنه أعتق أحدهما بألف والآخر بألفين، فتيقنا بوجوب الألف على كل واحد منهما؛ كرجلين قالا لرجل: لك على أحدنا ألف وعلى الآخر ألفان، يلزم كل واحد منهما ألف؛ لكونِ الألف تيقنا بها؛ كذا هذا.

وإن قبل أحدهما المالين جميعاً بأنْ قال: قبلت بالمالين، أو قال: قبلت، أو قبل بأكثر المالين بأن قال: قبلت بالمالين، أو قال: قبلت بألفين، يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول، أما إذا قبل بالمالين أو قال: قبلت فلا شك فيه؛ وكذا إذا قبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق.

وقيل هذا على قياس قولهما، فَأَمَا على قياس قول أبي/ حنيفة يَنْبَغِي أن لا يعتق وهو ١٧٠ب القياس على مسألة الشهادة بالألف والألفين، والصحيحُ أنه يعتق بلا خلاف، وإذا عتق لا يلزمه الألف درهم؛ لأن الواجبَ أحد المالين، وأحدهما أقل والآخر أكثر، والجنس متحدٌ، فيتعين بالأقل للوجوب ولا يخير العبد هٰهنا؛ لأن التخيير بين الأقل والأكثر عند اتحاد الجنس غيرُ مفيدٍ؛ لأنه يختار الأقل لا محالة، وإن قبل أحدهما الألف لا يعتق؛ لأن للمولى أن يصرف

العتق إلى الآخر؛ كما إذا قال: أحدكما حر بألفين[١]، فقبل أحدهما.

ولو قال: أحدكما حر بألف أحدكما حر بمائة دينار، فإن قبلا جميعاً عُتقا لوجود شرط العتق، ولا شيء عليهما، لأن المقضى عليه مجهول؛ إذ لا يدري الذي عليه الألف منهما، والذي عليه المائة الدينار؛ كاثنين قالا لرجل: لك علىٰ أحدنا ألف درهم، وعلى الآخر مائة دينار، أنه لا يلزم أحدهما شيءٌ، كذا هذا؛ وكذا هذا في الطلاق بأن قال لامرأتيه: إحداكما طالقٌ بألف والأخرى بمائة دينار، فقبلتا جميعاً، طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة، ولا يلزمهما شيءٌ لما قلنا.

وإنْ قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار، أو قبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال الآخر لا يعتق واحد منهما؛ لأن للمولى أن يقول لم أعنك بهذا المال الذي قبلت.

وَلَوْ قبل أحدهما بالمالين عتق ويلزمه أي المالين اختاره؛ لأن الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان، فكان التخيير مفيداً فيخير؛ بخلاف الفصل الأول، فإن قبل الآخر في المجلس عُتقا وسقط المال عن القابل الأول؛ لأن المقضى عليه مجهول، هذا إذا كان قَبِلِ قَبْلَ البيان الأول، فإن قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء، وعُتق الأول بالمالين؛ لأنَّ بيانه في حق نفسه صحيحٌ، وفي حق الآخر لم يصح.

ولو قال: أحدكما حُرٌّ بألف [درهم][٢] والآخرُ حر بغير شيء، فإن قبلا عُتقا لوجود شرط عتقهما، وهو قبولهما ولا شيء عليهما؛ لأن الذي عليه البدل مجهول، ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قالا لرجل: لك على أحدنا ألف درهم، ولا شيء على الآخر، لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب؛ كذا هٰهنا.

وإنْ قبل أحدهما بألف ولم يقبل الآخر، يقال للمولى: اصرفِ اللفظ الذي هو إعتاق بغير بدل إلى أحدهما؛ فإن صرفه إلى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف، وَإن صرفه إلى القابل عتق القابل بغير شيء ويعتق الآخر بالإيجاب الذي هو ببدل إذا قبل في المجلس؛ وكذا لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الإيجاب الذي هو بغير بدل إلى أحدهما، يعتق هو ويعتق الآخر إن قبل البدل في المجلس، وإلاَّ فلا.

وإن مات المولى قبل البيان، عتق القابل كله، وعليه خمسمائة، وعتق نصف الذي لم يقبل، ويسعى في نصف قيمته.

---

(١) في أ: بألف.

(٢) سقط من ط.

أما عتق القابل كله؛ فلأن عتقه ثابتٌ بيقين لأنه إن أريد بالإيجاب الأول عتق، وَإن أريد بالإيجاب الثاني عتق، فَكَانَ عتقه متيقناً به، وأما لزوم خمسمائة لأنه إن أعتق بالإيجاب الأول يعتق بألف، وإن أعتق بالإيجاب الثاني يعتق بغير شيءٍ، فينصف الألف فيلزمه خمسمائة.

وَأمَا عتق النصف من غير القابل؛ فلأنه إن أريد باللفظ الأول لا يعتق، وإن أريد باللفظ الثاني يُعتق فيعتق في حالٍ دون حالٍ فينتصف عتقه، فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته.

هذا إذا كان الإعتاق تنجيزاً أو تعليقاً بشرط، فأما إذا كان أضافه إلى وقت، فلا يخلو إما أن أضافه إلى وقت واحد، وَأما أن أضافه إلى وقتين، فإن أضافه إلى وقت واحد، فإما أن أضافه إلى مطلق الوقت، وإما إن أضافه إلى وقت موصوف بصفة، وفي الوجوه كلها يشترط وجود الملك وقت الإضافة؛ لأن إضافة الإعتاق إلى وقت إثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك، ولا يوجد الملك في ذلك الوقت إلا إذا كان موجوداً وقتَ الإضافة؛ لأنه إن كان موجوداً وقت الإضافة فالظاهرُ أنه يبقى إلى الوقت المضاف إليه، فيثبت للعتق، وإذا لم يكن موجوداً كَانَ الظاهرُ بَقَاءَهُ على العدم، فلا يثبت العتق في الوقت المضاف إليه لا محالة، فيكون خلاف تصرفه.

وَالأصلُ اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه، أما الإضافة إلى وقت مطلقٍ فنحو أن يقولَ لعبدهِ: أنت حُرٌّ غداً، أو رأس شهرٍ كذا، فيعتق إذا جَاءَ غدٌ أو رأس الشهرِ؛ لأنه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفاً للعتق، فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفاً له، وليس هذا تعليقاً بشرط لانعدام أدوات التعليق/ ، وهي كلمات الشرط، ولهذا لو حلف لا يحلف فقال: ١٧١أ هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما إذا قال: أنت حُرٌّ إذا جاء غد، لأن ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق.

فإن قيل: كيف يكون تعليقاً بشرط، والشرطُ ما في وجوده خطر ومجيء الغد كائن لا محالة؟ قيل له: مِنْ مشايخنا مَنْ قال إن الغد في مجيئه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة، قال الله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَمَا أَمْرُ السَّاعَةِ إِلاَّ كَلَمْحِ الْبَصَرِ أَوْ هُوَ أَقْرَبُ﴾ [النحل: ٧٧] فيصلح مجيء الغد شرطاً، لكن هذا الجواب ليس بسديدٍ؛ لأن الساعة لا تقوم إلا عند وجود اشراطها من خروج يأجوج ومأجوج ودابة الأرض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها، ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب ووردت به الأخبار.

والجوابُ الصحيحُ أن يقال إنَّ مجيء الغد، وإن كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطاً لوقوع العتق، وليس بمتيقن الوجود، بل له خطر الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجيء الغد أو موت المولى أو موتهما وحينئذٍ لا يكون شرطاً لعدم تصور الجزاء، على أن الشرط اسم لما جعل علماً لنزول الجزاء، سواء كان موهوم الوجود أو متيقنُ الوجود.

وأما الإضافة إلىٰ وقتٍ مَوْصُوفٍ، فنحو أن يقول لعبده: أنت حر قبل دخولك الدار بشهر، أو قبل قدوم فلان بشهر، أو قبل موت فلان بشهر، ولا شك أنه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شيء من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق؛ لأنه أضاف العتق إلى الوقت الموصوف، فلا يثبت قبله ويشترط تمام الشهر وقت التكلم، وَإِنْ كَانَ العبدُ في ملكه قبل ذلك بشهور، بل بسنين؛ لأن إضافة العتق إلى وقت إيجاب العتق في غير إيجاب العتق في الزمان الماضي، وإيجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور، فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك إن العتق ثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر.

واختلفَ في كيفية ثبوته فَقَالَ زفر: يثبت من أول الشهر بطريق الظهور، وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت مقتصراً على حال وجود الحوادث، وأبو حنيفة فَرَّق بين القدوم والدخول وبين الموت، فقال في القدوم والدخول كما قالا، وفي الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فَوَلَدَتْ في وسط الشهر يعتق الولد في قول أبي حنيفة وزفر، وعندهما لا يعتق.

وجه قول زفر إنه أَوْقَعَ العتق في وقت موصوف بكونه متقدماً على هذه الحوادث بشهر، فإذَا وجدت بعد شهر متصلة به، علم أن الشهر من أوله كان موصوفاً بالتقدم عليها لا محالة فتبين أن العتق كان واقعاً في أول الشهر؛ كما إذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر، وَلاَ فرق سوى أنَّ هناك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان، ولا يتوقف على مجيء شهر رمضان، وهٰهنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر؛ لأن ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة، وهٰهنا وجود هذه الحوادث يحتمل أن يتصل بهذا الشهر، ويحتمل أن لا يتصل لجواز أنها لا توجد أصلاً، فأما في ثبوت العتق في المسألتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان؛ ولهذا قال أبو حنيفة: ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت.

وجه قولهما إن هذا في الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث، لأنه أوقع العتق في شهر منصف بالتقدم على هذه الحوادث، ولا يتصف بالتقدم عليها إلاَّ باتصالها به، ولا نتصل به إلا بعد وجودها، فكان ثبوت العتق على هذا التدريج متعلقاً بوجود هذه الحوادث، فيقتصر على حال وجودها، ولهذا قال أبو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم؛ كذا في الموت بخلاف شعبان [مع رمضان]؛ لأن الصاف شعبان بكونه متقدماً على رمضان لا يقف على مجيء رمضان.

ووجه الفرق لأبي حنيفة بين الدخول والقدوم وبين الموت أن في مسألة القدوم والدخول بعد ما مضى شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي أضيف إليه العتق هو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد؛ لأن قدوم فلان موهوم الوجود، قد يوجد وقد لا يوجد؛ فإن وجد يوجد هذا الشهر وإلا فلا؛ لما ذكرنا أن هذا الشهر لا وجود له بدون الإنصاف، ولا إنصاف بدون الاتصال، ولا اتصال بدون القدوم؛ إذِ الاتصال إنما يتصور بين موجودين لا بين موجود

ومعدوم، فصار العتق وإن كان مضافاً إلى الشهر متعلقاً بوجود القدوم، فكان هذا تعليقاً ضرورة فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط، كما في سائر التعليقات، فأما في مسألة الموت فبعد ما مضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذي أضيف إليه العتق موهوم الوجود، بل هو كائن لا محالة؛ لأن الموت كائنٌ لا محالة، فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك؛ بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم، غير أنه/ مجهول الذات، فلا يحكم ١٧١ب بالعتق قبل وجود الموت، وإذا وجد فقد وجد المعرف للشهر بخلاف الشهر المتقدم على شهر رمضان، فإنه معلوم الذات؛ لأنه كما وجد شعبان علم أنه موصوف بالتقدم على رمضان وهٰهنا بخلافه وبخلاف القدوم والدخول، فإنَّ بعد مضي شهر من وقت الكلام بقي ذات الشهر الذي أضيف إليه العتق موهوم الوجود، فلم يَكُنِ القدوم معرفاً للشهر، بل كان محصلاً للشهر الموصوف بهذه الصفة؛ بحيث لولا وجوده لما وجد هذا الشهر البتة، فكان الموت مظهراً معيناً للشهر، فيظهر من الأصل من حين وجوده.

ثم اختلف مشايخنا في كيفية الظهور على مذهب أبي حنيفة، قال بعضُهم: هو ظهور محضٌ، فتبين أن العتق كان واقعاً من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت، وهو أن يعتبر الوقوع أولاً، ثم يسري إلى أول الشهر، لأن الأصل اعتبار التصرف على الوجه الذي أثبته المتصرف، والمتصرف أضاف العتق إلى أول الشهر المتقدم على الموت، فيقع في أول الشهر لا في آخره، فكان وقت وقوع الطلاق أول الشهر، فيظهر أن العتق وقع من ذلك الوقت؛ كما إذا قال: إن كان فلان في الدار فعبده حر، فمضت مدة ثم علم أنه كان في الدار يَوْمَ التكلم، يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور.

وهؤلاء قالوا: لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث، فالعدة تعتبر من أول الشهر في قول أبي حنيفة، حتى لو حاضت في الشهر حيضتين ثم مات فلان، كانت الحيضتان محسوبتين من العدة، ولو كان قال: أنتِ طالق قبل موت فلان بشهرين أو ثلاثة أشهر، ثم مات فلان لتمام المدة، أو كانت المرأة رأت ثلاثة حيض في المدة تبين عند موته أن الطلاق كان وَاقِعاً، وأن العدة قد انقضت، كما لو قال: إن كان زيد في الدار فامرأتي طالق، ثم علم بعدما حاضت المرأة ثلاثة حيض أنه كان في الدار يَوْمَ التكلم به، تبين أنها قد طلقت من ذلك الوقت، وأنها منقضية العدة؛ كذا هذا.

وكذلك لو قال: إن كان حمل فلانة غلاماً فأنت طالق، فولدت غلاماً، يقع الطلاق على طريق التبيين؛ كذا هذا.

والذي يؤيد ما قلنا أن رجلاً لو قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة ثم أخرى ثم ماتت، طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبي حنيفة، وإن كان لا يحكم بطلاقها ما لم يمت؛ كذا هٰهنا.

وقالوا: لو خالعها في وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر، فالخلع باطلٌ، ويؤمر الزوج برد بدل الخلع، سواء كانت عند الموت معتدة أو منقضية العدة، أو كانت ممن لا عدة عليها؛ بأن كانت غير مدخول بها، وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد في الكتاب لتخريج قول أبي حنيفة أنه إن مات فلان وهي في العدة يحكم ببطلان الخلع، ويؤمر الزوج برد بدل الخلع، وإن كانت غير معتدة وقت موت فلان بأن كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت سقطاً أو كانت غير مدخولٍ بها، لا يبطل الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع.

وقالوا هذا التخريج لا يستقيم على قول أبي حنيفة؛ لأن هذا ظهور محض فتبين عند وجود الجزء الأخير أن هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم، فتبين أن الطلقات الثلاثة كانت واقعة من ذلك الوقت، سواء كانت معتدة أو غير معتدة، كما لو قال إنْ كان فلان في الدار فامرأته طالق، ثم خالعها، ثم تبين أنه كان يوم الحلف في الدار - أنه يتبين أن الخلع كان باطلاً على الإطلاق، سواء كانت معتدة أو لم تكن؛ كذا هٰهنا.

والفقه أن وقت الموت إذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة، وعامة مشايخنا قالوا: إن العتق أو الطلاق يقع وقت الموت، ثم يستند إلى أول الشهر إلاَّ أنه يظهر إنه كان واقعاً من أول الشهر.

ووجهه مما لا يمكن الوصول إليه إلا بمقدمة، وهي إن ما كان الدليل على وجوده قائماً يجعل موجوداً في حق الأحكام؛ لأن إقامة الدليل مقام المدلول أصل في الشرع والعقل.

ألاَ ترى أنَّ الخطاب يَدُورُ مَعَ دليلِ القدرة وسببها دون حقيقة القدرة، ومع دليل العلم وسببه دون حقيقة العلم، حتى لا يعذر الجاهل بالله - عزَّ وجلَّ - لقيام الآيات الدالة على وجود الصانع[1]، ولا بالشرائع عند إمكان الوصول إلى معرفتها بدليلها، ثم الدليل وإن خفي

(١) وقد أقام المتكلمون على إثبات الصانع أدلة عقلية وأخرى كونية ونحن نبدأ بذكر الأدلة العقلية، فنقول: فالأدلة العقلية:

الدليل الأول: اعلم أولاً أن المعلوم ينقسم على رأي الأشاعرة - إلى موجود، ومعدوم، لأنه إن كان بحيث يشاء إليه بالإشارة الحسية، فموجود، وإن لم يكن الإشارة إليه بالإشارة الحسية - فمعدوم، ولا ثالث، ثم إن الموجود ينقسم إلى قسمين: موجود واجب، وموجود ممكن، لأنه إن كان وجوده تقتضي ذاته، فالواجب وإن كان وجوده مستفاداً من غيره، فالممكن، ثم إن الموجود الممكن ينقسم إلى قسمين: جوهر، وعرض، فالجوهر ما تحيز بذاته، والعرض ما كان تابعاً لغيره في التميز. إذا علمت هذا فاعلم أن العالم بجميع أجزائه من جواهر وأعراض حادث، وكل حادث لا بد له من محدث ينتج العالم لا بد له من محدث.

أما الصغرى، وهي: العالم بجميع أجزائه من جواهر وأعراض حادث. =

....

= فقد تضمنت حدوث الجواهر والأعراض، وهو نظري، فلذلك وجب إثباته بالدليل حتى تكون الصغرى مسلمة، فنقول:
الجواهر ملازمة للأعراض الحادثة، وكل ملازم للأعراض الحادثة حادث؛ فالجواهر حادثة. وتسليم صغرى هذا لدليل يبنى على مطالب:
الأول: إثبات أعراض زائدة على الجواهر.
الثاني: ملازمة الجواهر للأعراض.
الثالث: إثبات حدوث الأعراض الزائدة.
ووجه ابتناء تسليم صغرى هذا القياس على هذه المطالب أن الخصم ربما يقول: لا نسلم أن هناك زائداً على الجواهر، فيبطل هذا القول بالمشاهدة،. إذ ما من عاقل إلا ويحس أن لذاته شيئاً زائداً عليها، كاللون، والحركة، والنوم واليقظة، وغير ذلك. وأيضاً فإن بعض الأزكياء قد رده بقوله:
نزاعكم لنا موجود، أو معدوم؛ فإن قلتم غير موجود ـ فقد خرجتم عن طور العقلاء، وسقط جوابكم من وجهين: خروجكم عن دائرة العقلاء، وإقراركم أنكم لم تنازعونا ـ وإن قلتم: أن نزاعكم لنا موجود، فلا شك أنه عرض زائد على ذاتكم فقد سلمتم مدعانا.
فيقول: سلمنا ذلك، لكن لا نسلم ملازمة الجواهر للأعراض، فيبطل بالمشاهدة، فإنا لم نشاهد جوهراً منفكاً عن عرض، عما لا تفصل جسماً خالياً عن حركة وسكونه، أو بياض وسواد. وأما المطلب الثالث؛ وهو: إثبات حدوث الأعراض الزائدة: فيبنى على مطالب أربعة أيضاً:
الأول: إبطال قيام العرض بنفسه.
الثاني: إبطال انتقاله.
الثالث: إبطال كمونه وظهوره.
الرابع: إبطال أن القديم لا ينعدم، وبيان ذلك: أنا إذا قلنا: هذه الأعراض الزائدة حادثة؛ لتغيرها من عدم إلى وجود وعكسه، وكل متغير حادث ـ فللخصم منع الصغرى، وادعاء أن الحركة ـ مثلاً ـ لم تكن معدومة، ثم وجدت، بل كانت موجودة قبل ذلك.
فنقول له: إنها عند وجودها هل كانت قائمة بنفسها، أو بمحل؟
فإن قال: بنفسها ـ لزمه قيام العرض بنفسه؛ وهو: قلب لحقيقة العرض، وإن قال: بمحل ـ فنقول له: ذلك القائم به هل هذا المترك الآن أو غيره؟ فإن قال: غيره، ثم انتقلت عن هذا ـ لزمه ما ذكر، وهو: قيام العرض بنفسه في لحظة الانتقال، وإن قال: هذا المحل، وكانت كامنة فيه، ثم ظهرت ـ لزم اجتماع الضدين، وهما الحركة والسكون في الجسم الواحد، وذلك باطل.
هذا إذا كان التغير من عدم إلى وجود. أما إذا كان التغير من وجود إلى عدم ـ ربما يقول الخصم: إن ذلك لا يدل على حدوث الزائد؛ لاحتمال أن يكون قديماً، وقد انعدم، والقديم ينعدم؛ فنقول: إن القديم لو انعدم ـ لكان جائزاً، والجائز لا يكون وجوده إلا حادثاً، وقد قلتم: إنه قديم هذا خلف.
وإلى هنا سلمت المقدمة الصغرى القائلة: الجواهر ملازمة للأعراض الحادثة.
أما الكبرى القائلة: وكل ملازم الحادث حادث ـ فثبوت صحتها ظاهر؛ لأن ملازم الأعراض الحادثة لا يصح أن يسبقها، إذ لو سبقها لانتفت الملازمة، وإذ لم يصح أن يسبقها يكون حادثاً مثلها، لكن للخصم أن يقول: =

....

= إني أسلم لكم أن الجواهر حيث كانت ملازمة للأعراض الحادثة ـ فلا تسبقها، ولكن كونها حادثة غير مسلم؛ لأن حدوثها إنما يسلم، إذا كانت الأعراض الحادثة التي لازمت الجواهر لها مبدأ يفتتح عددها، وليس هذا بمسلم.

لم لا يجوز أن تكون تلك الأعراض الحادثة لا مبدأ لها، وما من حادث إلا وقبله حادث مثله؟ وهكذا لا إلى أول؛ فتكون الجواهر قديمة، وقوع الأعراض الذي لا ينفك عن الجواهر قديم، والحادث هو شخص العرض، ولدفع ذلك تذكر الأدلة الآتية:

الدليل الأول:

أنه لو سلم أن هناك حوادث لا أول لها ـ للزم التسلسل، وهو محال.

والتسلسل هو: أن يستند الممكن في وجوده إلى علة مؤثرة، وتستند العلة المؤثرة إلى علة أخرى مؤثرة، وهكذا إلى غير النهاية.

وقد ذكر علماء الكلام أدلة كثيرة على بطلان التسلسل، نقتصر منها على برهان التطبيق، وحاصله: إننا نفرض جملة من الجوارح من الآن إلى ما لا نهاية له في الأزل، ثم نفرض من هذه السلسلة نفسها جملة أخرى تبتدىء من الطوفان إلى ما لا نهاية له من الأزل، وبعد هذا الفرض نقابل أول فرد من السلسلة الظرفانية بأول فرد من السلسلة الآتية، ونستمر في باقي الأفراد هكذا إلى الأزل؛ فعند ذلك لا يخلو الحال شيء واحد من أمرين: إما أن يتساويا، وإما أن يتفاوتا، فإن تساويا ـ لزم مساواة الزائد للناقص، وهو محال فما أرى إليه، وهو التسلسل محال، وإن تفاوتا، وانتهت الناقصة ـ كان التفاوت بينهما بمقدار ـ لأنه مَن الآن إلى الطوفان، والتفاوت بالمتناهي يستلزم التناهي، فلا تسلسل، وذلك لأن الناقصة لما انقطعت ـ كانت متناهية، والزائدة لم تزد عليها إلا بذلك المقدار المبتدأ من الحادث الأخير إلى الطوفان، وهو متناه، فيلزم التناهي لا محالة الدليل الثاني على إبطال حوادث لا أول لها:

ذكر الأمدي في «أبكار الأمكار» أدلة كثيرة على إبطال حوادث لا أول لها، ثم كد على بعضها بالإبطال، وقال في البعض الآخر: إنه غير سديد، ثم قال: والأقرب في ذلك أن يقال:

لو كانت العلل والمعلولات غير متناهية ـ لكان كل واحد فيها ممكناً على ما دفع به الفرض، فهي إما متعاقبة أولاً، فإن كانت متعاقبة ـ فقد قيل: إن ذلك محال؛ لثلاثة أوجه:

الأول: أن كل واحد منها يكون مسبوقاً بالعدم، والجملة مجموع الآحاد؛ فالجملة تكون مسبوقة بالعدم، وكل جملة مسبوقة بالعدم، فلوجودها أول ينتهي إليه، فالقول بكونه غير متناه محال.

الثاني: هو أن كل واحد منها يكون مشروطاً في وجوده بوجود علته قبله، فلا يوجد حتى توجد علته، وكذا الكلام في علته بالنسبة إلى علتها، وهلم جرًّا؛ فإذا قيل بعدم النهاية ـ فقد تعذر الوقوف على شرط الوجود، فلا وجود لواحد منها، وهذا كما قيل:

لا أعطيك درهماً إلا وقبله درهم، فإنه لما كان إعطاء الدرهم مشروطاً بإعطاء درهم قبله، وكذا في إعطاء كل درهم يفرض إلى غير النهاية كان الإعطاء محالاً وبهذا البيان كمن المقدمة الصغرى من الدليل القائلة: العالم بجميع أجزائه من جواهر وأعراض حادث.

وأما المقدمة الكبرى، القائلة: وكل حادث لا بد له من محدث، فمن العلماء من قال إنها ضرورية، حتى قال الفخر الرازي في «معالمه»: إن العلم بها مركوز في فطرة طبائع الصبيان، فإنك إذا لطمت وجه الصبي =

....

= من حيث لا يراك وقلة إن هذه اللطمة حصلت من غير فاعل، فإنه لا يصدقك بل في فطرة البهائم، فإن الحمار إذا أحس بطرف الخشبة ـ فزع، لأنه تقرر في طبعه أن حصول صدقها بدونها محال، ومنهم من قرر «الدليل» فقال:

إن الحادث إذا حدث في وقت معين فالعقل يجوز حصوله قبله، أو بعده، فاختصاصه بالوجود في ذلك الوقف المعين بدلاً عن العدم، وعلى الوجود في غيره ـ لجائز في العقل؛ فيفتقر إلى مخصص مختار، وإلا كان أحد المتساويين مساوياً لذاته راجحاً لذاته، وهو محال ضرورة؛ فتعين كون الترجيح للوجود بدلاً عن العدم، وللوجود في هذا الوقت بدلاً عن الوجود في غيره من الأوقات بمرجح منفصل على الحادث، وهو الفاعل المختار وهو الله ـ سبحانه وتعالى ـ.

الدليل الثاني: على إثبات الصانع ـ جلّ وعلا ـ:

جملة الممكنات الموجودة ممكنة بداهة، وكل ممكن محتاج إلى سبب يعطيه الوجود النتيجة جملة الممكنات محتاجة إلى سبب يعطيها الوجود، ثم ننظر بعد ذلك في هذا السبب، فنقول: ذلك السبب إما أن يكون عين الجملة، وإما أن يكون جزأها، وإما أن يكون خارجاً عنها.

لا جائز أن يكون عينها، لأنه يستلزم تقدم الشيء على نفسه، وهو محال بداهة، ولا جائز أن يكون جزأها، لاستلزام أن يكون الشيء سبباً لنفسه، ولما سبق عليه أن لم يكن هو الأول، ولنفسه إن فرض الأول، وهو محال ـ فوجب أن يكون السبب وراء جملة الممكنات، وليس وراء جملة الممكنات إلا المستحيل والواجب، والمستحيل فاقد الوجود، فلا يعطيه لغيره فتعين أن يكون للممكنات الموجودة موجداً هو واجب الوجود، وهو المطلوب.

الدليل الثالث من الأدلة العقلية على إثبات الصانع:

لو تحقق موجود ـ لوجد الواجب، لكن الموجود قد تحقق النتيجة: الواجب موجود، وإنما كانت النتيجة ما ذكر، لأن استثناء عين المقدم ينتج عين التالي، ثم إن المحتاج للإثبات في هذا الدليل هو الملازمة، وأما المقدم ـ فهو ثابت بالمشاهدة.

ودليل الملازمة:

أن ذلك الموجود إن كان واجباً ـ فقد تم المطلوب، وإن كان ممكناً ـ فلا بد له من سبب، وذلك السبب إنت كان واجباً. فقد تم المطلوب، وإن كان ممكناً ـ فلا يخلو عن واحد من أمور ثلاثة: أما أن ينتهي إلى واجب، وإما أن يدور، أو يتسلسل، وكل من الدور والتسلسل محال؛ فتعين الثالث، وهو: أن السبب واجب، وهو المطلوب.

«الأدلة الكونية»

إذا جال الإنسان بنظره، وفكره الثاقب في هذا العالم، وما فيه من الكائنات، مع ما فيها من لطف التدبير، وصواب التقدير، وإتقان الصنعة، وأدرك شيئاً من خواصها ومزاياها ـ لا يسعه إلا أن يعتقد أن لها موجداً، حكيماً مختاراً في تصرفه، قديماً، منزهاً عن كل نقص. وفي كل شيء له آية تدل على أنه موجد.

ولإيضاح ذلك أسرد لك عدة أمور من الكائنات التي تشاهدها ببصرك مع بيان شيء من منافعها ومزاياها.

«آيات الله في الحيوان»

إذا نظرت إلى العالم الحيواني من مبدأ نشأته، وكيفية تركيبه كفاك في الجزم بأن له صانعاً مختاراً؛ وذلك =

....

= أن الحيوان إذا تناول الطعام ـ سلمه لآلة فمه؛ فسحقته، ومزجته باللعاب الذي يساعد على الهضم، ثم دفعه إلى معدته التي تشبه القربة، ثم إلى أمعائه بأقسامها، ليتم هضمه بسبب الحرارة، وما يفرزه الكبد والبنكرياس من العصورات المختلفة، فإذا تم الهضم ـ خلصت منه مادة مغذية، تنتقل إلى الأعضاء بواسطة الدم، فيأخذ كل منها بميزان وقدر معلوم.

وبذلك تنتظم الحياة، ويعيش الحيوان بجميع أنواعه في اطمئنان، لا شعور له بما يحصل، ولا إرادة له بما يجري ﴿ذَٰلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ﴾ ومتى توفر الغذاء، وكثرت الحرارة ـ حصلت له شهوة الجماع التي بها التناسل، وحصل التلقيح بوساطة النطفة التي تخرج خليطاً من كل نوع. ﴿إنا خلقنا الإنسان من نطفة أَمْشَاجٍ﴾ فإذا مكثت تلك النطفة ـ تحولت علقة، فمضغة، ثم تتصور وتتشكل بشكل الذي خرجت منه، فإذا ما تكاملت ـ حلت فيها الحياة؛ فصارت حيواناً ذا سمع، وبصر، وشم، وذوق، ولمس، ثم ينفصل من أصله، ويأخذ في السعي على رزقه، وقد تنمو فيه قوة الإدراك على قدر ما يحتاج إليه في تدبير معيشته، وقد تزيد على ذلك درجات حتى يصير ذلك الحيوان عالماً، حكيماً، مدققاً، يجول فكره في كل شيء.

أفرأيت إلى هذا الجنين، وهو في بطن أمه لو لم يجر إليه ذلك الدم، وهو في الرحم ـ ألم يكن سيزوي ويُجف، كما يجف النبات، إذا فقد الماء ولو لم يزعجه المخاض عند استحكامه ـ ألم يكن يبقى في الرحم؛ كالموؤودة في الأرض، ولو لم يوافه اللبن عند الولادة ـ ألم يكن سيموت جوعاً، أو يغتذ بغذاء لا يناسبه، ولا يصلح عليه بدنه؟

ولا شك أن الناظر إلى ذلك المخلوق الذي شارك النبات في بعض خواصه، كالنمو، والاغتذاء، وقد تولد من ماء وطين، ووصل إلى ذلك الكمال الذي خص به من بين سائر الأجسام، وتباينت أفراده. يجزم بأن له صانعاً مختاراً، حكيماً، ليس من جنس مخلوقاته.

كذلك إذا نظرت إلى الحيوانات ـ تراها قد تنوعت إلى أنواع شتى:

فمنهم من يمشي على بطنه، ومنهم من يمشي على رجلين، ومنهم من يمشيء على أربع، ﴿يخلق الله ما يشاء إن الله على كل شيء قدير﴾.

فإذا نظرت إليه من حيث الضخامة وعدمها ـ ترى نوعاً قد بلغ من الضخامة مبلغاً عظيماً، كالفيل من الحيوانات البرية وترى نوعاً آخر من الحيوانات قد بلغ من الصغر حدًّا، بحيث لا يرى بالعين المجردة، بل لا بد لرؤيته من المجهر، وذلك كالكرويات، والجراثيم التي ذكر العلماء فيها أقوالاً لا يكاد يصدق بها العقل.

فقد قالوا: إن تلك الجراثيم منها ما له خمسون معدة، وله طرق غريبة في كيفية ترتيب معاشه.

ومن حيث العمر تتنوع أيضاً؛ فمنها: ما يعيش نحو مائة سنة، كالفيل، ومنها ما يعيش نحو مائة وعشرين سنة، كالسلحفاء ومنها ما يعيش مائتين، كالنسر الذهبي، ومنها ما يعيش ثلاثين كالفرس. وهكذا جعل الله لكل نوع أجلاً مخصوصاً، لا يمكن للعقل أن يقطع بعلة ذلك، لأنه ليس منوطاً بمسكن، ولا بمعيشة، ولا كبر جسم، ولا صغره، بل ذلك تقدير الفاعل المختار.

ومن حيث تناول الغذاء ـ نرى أن نوعاً يتناوله بيده؛ كالإنسان، وآخر بفمه، كالبقر، والغنم، وآخر بخرطومه، كالفيل، وآخر بمنقاره، كالطيور، وآخر بلسانه، كالحرباء. =

....

= كذلك تراه مختلفاً من حيث ما يكسو بشرته، فمنها ما يكسوه الريش، وهو على ألوان شتى بديعة، ومنها ما يكسوه الشعر، أو الوبر، ومنها ما لا يكسوه شيء، كالإنسان، ومنها ما يكسوه العظم، كالسلحفاء.

ولا أنبهك على اختلاف الحيوانات في الأصوات؛ فمنها المطرب المشجي، ومنها المنفر المزعج.

انظر إلى النحل واحتشاده في صنعة العسل، وتهيئته البيوت المسدسة، وما يرى في ذلك من دقائق الفطنة، فإنك إذا رأيت العمل ـ رأيته عجيباً لطيفاً، وإذا نظرت إلى المعمول ـ وجدته شريفاً عظيماً، وإذا رجعت إلى العامل ـ وجدته غبيًّا جاهلاً بنفسه.

ففي هذا أوضح الدلالة على أن الصواب والحكمة في هذه الصنعة ليس النحل، بل للذي طبعه عليها، وسخره لمصلحة الإنسان.

فإذا أحطت بهذه الكائنات، وما فيها من الاختلافات إلى ما فيها من عجيب التركيب، وبديع الاتقان، التي بنيت على الحكمة البالغة ـ أدركت أن ذلك التخصيص لا يتأتى أن يكون اتفاقيًّا، بل لا بد أن يكون يصنع حكيم مختار.

«آيات الله في الكواكب»

الحق أن هذا العالم لم يُخلق عبثاً، وأن له غاية وثمرة قال تعالى: ﴿وما خلقنا السماء والأرض وما بينهما باطلاً﴾ فلم يكن إلا البحث عن تلك الغاية، وأن هذا العالم بتدبير الصانع الحكيم. فلننظر أولاً إلى الأجرام العلوية، فنقول:

انظر إلى طلوع الشمس وغروبها، لإقامة دولتي النهار والليل، فلولا طلوعها ـ لبطل أمر العالم كله؛ فكيف كان الناس يسعون في حوائجهم ومعايشهم، وينصرفون في مصالحهم، والدنيا مظلمة عليهم؟ وكيف كانوا يتهنون بلذة العيش، مع فقدهم لذة النور، فالأرب في طلوعها ظاهر مستغن عن الإطناب فيه، ولكن تأمل المنفعة في غروبها، فإن لولا غروبها ـ لم يكن للناس هدوء، ولا قرار، مع عظم حاجتهم إلى الهدوء لراحة أبدانهم، وجموم حواسهم، وانبعاث القوة الهاضمة لهضم الطعام، وتنفيذ الغذاء إلى الأعضاء، كالذي تصف كتب الطب، ثم كان الحرص سيحملهم على مداومة العمل ومطاولته، فيحصل الضعف في أبدانهم، فإن كثيراً من الناس لولا جثوم الليل بظلمته عليهم ـ لما هدؤا، ولا قرّوا حرصاً على الكسب، ثم كانت الأرض ستحمي بدوام الشمس حتى يحترق كل من عليها من حيوان ونبات، فصارت بتدبير الصانع الحكيم تطلع وقتاً وتغيب وقتاً.

ثم انظر بعد ذلك في تنقل الشمس في هذه البروج، لإقامة فصول السنة الأربعة، وما في ذلك من التدبير والحكمة، ففي فصل الشتاء تفور الحرارة في الشجر والنبات، فتولد فيه مواد الثمار،ويستكثف الهواء، فتنشأ منه السحاب والمطر، وتشتد أبدان الحيوان.

وفي الربيع تتحرك الطبائع، وتظهر المواد المتولدة في الشتاء، فيطلع النبات، وينور الشجر، ويهيج الحيوان للسفاد.

وفي الصيف يحتدم الهواء، فتنضج الثمار، وتتحلل فضول الأبدان. وفي الخريف يصفو الهواء؛ فترتفع الأمراض، وتصح الأبدان وبالجملة: فهذه الفصول الأربعة مقدار سير الشمس سنة كاملة من الحمل إلى الحمل، فبالسنة وأجزائها يكال الزمان، وتوزن الأوقات من لدن خلق الله ـ تعالى ـ العالم إلى كل وقت وعصر، وبها يحسب الناس أعمارهم، وأوقاتهم المؤقتة للديون، والإجارات، والمعاملات. انظر إلى =

....

= القمر الذي يستمد نوره من الشمس، ثم يضيء العالم، وفي سيره مصلحة عظيمة للناس، إذ تستعمله في معرفة الشهور، ولا يقوم عليه حساب السنة، لأن دورته لا تستوي في الأزمنة الأربعة، ولذا تجد شهور القمر وسنوه تختلف عن شهور الشمس وسنيها، وصار الشهر من شهور القمر ينتقل فيها، فيكون مرة في الشتاء ومرة في الصيف.

ثم تأمل بعد ذلك في النجوم ـ تجدها مرصعة في الخلاء العالي بعضها كبير، وبعضها صغير، بعضها قريب وبعضها بعيد كما أنها تختلف في السير، ففرقة منها لا تديم مركزها من الفلك، ولا تسير إلا سيراً ضعيفاً مجتمعة.

وفرقة أخرى مطلقة تنتقل في البروج، وتفترق في سيرها، فكل واحد منها تسير بسيرين مختلفين: **أحدهما**: عام مع الفلك نحو المغرب، والآخر خاص لنفسه مع المشرق، وقد شبهوا ذلك بنملة تدب على رحى والرحى تدور ذات اليمين، والنملة تدور ذات الشمال، فإن النملة ـ في تلك الحال ـ تتحرك حركتين مختلفين: **إحداهما**: بنفسها متوجهة أمامها، والأخرى: مستكرهة مع الرحى تجتذبها إلى خلفها.

فليسأل الزاعمون أن النجوم صارت على ما هي عليه، مع هذا النظام الخاص من غير صانع، ومن غير تقدير وتدبير ما منعها أن تكون كلها رتبة، أو تكون كلها متنقلة؟ فإن الطبيعة شيء واحد، فكيف صارت بحركتين مختلفتين على تقدير ووزنن؟

فهذا بيان أن سير الفريقين على ما يسيران عليه بتقدير وتدبير، وليس بالطبيعة، كما تزعم المعطلة.

فكر بعد ذلك لِمَ صار هذا الفلك بشمسه، وقمره، ونجومه، وبروجه يدور على العالم هذا الدوران الدائم بهذا التقدير والوزن إلا لما في اختلاف الليل والنهار، وهذه الأزمان الأربعة من السنة على الأرض، وما عليها من أصناف الحيوان، والنبات من ضروب المصلحة، كما بينا آنفاً.

وهل يخفى على ذي لب أن هذا تقدير مقدر، وتخصيص مخصص لصواب وحكمة من مقدر حكيم؟

فإن قال قائل: هذا شيء أتفق أن يكون هكذا.

نقول له: إذا رأيت دولاباً يدور لسقي حديقة ـ أترى كل جزء من أجزائه ضم بعضه إلى بعض من تلقاء نفسه؟ وبماذا كنت تثبت هذا القول لو قلته؟ وما ترى الناس كانوا قائلين لك لو سمعوه منك، سوى تسفيه رأيك وتضليل عقلك؟

أفتنكر أن تقول: هذا في دولاب خسيس مصنوع بحيلة قصيرة، لمصلحة قطعة صغيرة من الأرض؟ وتقدم على أن تقول: هذا الدولاب الأعظم المخلوق بحكمة تقصر عنها أذهان البشر، لصلاح جميع الأرض، وما عليها: إنه شيء اتفق أن يكون بلا صنعة وتقدير.

وخلاصة القول في هذا الدليل أن تقول:

لا شك أن تخصيص كل فرد من أفراد هذه الكواكب بما اختص به مع التساوي في الجسمية، وأمور أخرى دليل قاطع على أنه لا بد لذلك التخصيص من مخصص مختار، عالم بالحكم، والمصالح المترتبة على وجود كل فرد بوصفه الخاص به.

«آيات الله في الأرض والجبال والبحار»

اليابس يبلغ ربع الكرة الأرضية، وثلاثة أرباعها محيطات شاسعة الأطراف، وبحار متلاطمة الأمواج. هذه المحيطات، وهذه البحار قد جعلها الله ـ سبحانه وتعالى ـ مسكناً للأمم المائية، ومصدراً للجواهر =

....

= البحرية، وتلك الأمم التي تسكنها مختلفة الأجناس والأشكال والطبائع، يسكن كل جنس منها في المكان الذي يلائمه، وقد اختصت هذه المحيطات، وهذه البحار بخاصية المد والجزر، وبالملوحة الملازمة لمائها؛ لمنافع جليلة وتدبير حكيم، ذلك لأن المد والجزر يظهر الشواطىء مما يرمي عليها من العفونات التي لو بقيت ـ لأضرت بالكثير من الناس، وغير ذلك من الفوائد.

ولولا ملوحة مائها ـ لأنتن الماء، وأهلك الحرث والنسل، كما سخرت للبشر، فيركب عليها الفلك، لحاجاته التجارية والصناعية، وغير ذلك من الفوائد التي لا يحصيها العد ولا يأتي عليها الحصر.

أما القسم اليابس ـ فهو الأرض، وما عليها، من الجبال، والأودية، والسهول، والكهوف، والمعادن، وقد اختص كل نوع من هذه الأنواع بمزايا لا توجد في النوع الآخر، مع أن الكل يابس. انظر إلى الجبال ـ تجدها قد اختصت بسكنى الوحوش والطيور. ويحفظ الأرض من الاضطراب، بسبب كثرة مياه المحيطات التي سبق أنها ثلاثة أرباع هذا العالم. قال تعالى ﴿وألقى في الأرضِ رَواسيَ أن تَمِيدَ بكم وأنهاراً وسُبلاً لعلكم تهتدون﴾ وقد جعل الله في بعض الارتفاع العظيم، ليحتبس بخار المحيطات والبحار في أعلاها، فتشققه، فيهطل مطراً غزيراً، يملأ الأنهار التي تجري في الأرض لمنافع الإنسان والحيوان والنبات، ولذلك فقد قرن الله في الآية الكريمة السابقة ذكر الجبال بذكر الأنهار، ولولاه ـ لمات كل ما على وجه الأرض من الحيوان والنبات. قال تعالى: ﴿وجعلنا من الماء كلَّ شيءٍ حيٍّ﴾ ومع ذلك ففيها المناظر الجميلة التي تشعر بعظمة الخالق ـ سبحانه وتعالى ـ وقدرته، وفيها ما يصلح مادة لبناء الدور، والحصون.

انظر إلى الأودية ففيها من جليل المنافع ما يخيل إليك أنه جنة نعيم، كالبساتين التي جمعت أنواع الفواكه والمشمومات والمناظر التي تأخذ بالألباب.

ومنها: قفر، لاحيوان فيه، ولا نبات به، ولا يحل فيه طائر، ولا يقطنه وحش.

انظر إلى الكهوف ترى بعضها صالح لإيواء الحيوانات، مثل: الكهوف التي تسخن في الشتاء، فيأوي إليها من الحيوانات ما لا يقوى على برد الشتاء، ومنها: ما لا يصلح لذلك، بل هو موت ذؤام، لا يأوي إليها حيوان إلا مات في الحال.

تأمل في السهول ـ تجدها صالحة للزراعة، وهي بين الصلابة والرخاوة، لأنها لو كانت صلبة ـ لما صلحت للزراعة، ولو كانت رخوة ـ لفاضت فيها أقدام الدواب، وهي مع ذلك مختلفة التربة يناسب كل جزء منها نباتاً خاصًا لا ينبت فيه غيره. فكر في المعادن المتولدة في أحشاء الأرض، الصالحة لمنافع الإنسان؛ فمنها الجامد، ومنها السائل، ومنها قابل الذوبان، وغير قابلة، ومنها ذو اللون الأحمر، والأصفر، والأبيض.

ألا ترى أن جعل معظم الكرة الأرضية ماء، والقليل منها يابساً، وتخصيص الماء بتلك الخواص، وتنوع اليابس من الأرض إلى جبال مختلفة الخواص، والمناظر، والمزايا وإلى أودية، بعضها دار نعيم، وبعضها دار جحيم، وإلى كهوف بعضها حصون وبعضها مميت، وإلى سهول تنبت أنواعاً مختلفة متعددة. كذلك إذا نظرت إلى المعادن التي تشتمل عليها بطن الأرض من ذهب، وفضة، ونحاس، ورصاص، وقصدير، وما خصّ به كل نوع من المزايا، والكل أرض واحدة.

يدلنا دلالة واضحة، لا خفاء فيها، ولا التباس أن لها موجداً، مختاراً ليس من جنس المخلوقات.

«آيات الله في النبات» =

....

= إن الأرض إذا شقت، ووضع فيها الحب، وأثرت فيه نداوتها ـ كبر ونما، وبسبب ذلك ينشق أعلاه وأسفله، فيخرج من الشق الأعلى السوق والأغصان الصاعدة في الهواء، ويخرج من الشق الأسفل الجذر، والهابطة في أسفل الأرض، وهذا بتدبير صانع حكيم قادر، إذ إن طبيعة كل حبة من تلك الحبوب واحدة، وتأثير الطبائع والأفلاك والكواكب فيها واحد.

ومن المحال أن يتولد من الطبيعة الواحدة طبقتان متضارتان فعلمنا أن ذلك إنما كان بتدبير حكيم، لا بالطبع والخاصية.

وأيضاً فإن الحبة الواحدة قد تنبت مائة حبة، أو أكثر، أو أقل، فلو كانت تنبت بالإهمال؛ كما نقول المعطلة ـ كان النظر العقلي يقتضي أن تنبت حبة واحدة مثلها.

إذاً فالحكيم الصانع هو الذي جعلها تنبت تلك الحبات الكثيرة، ليكون في الغلة متسع لما يرد في الأرض من الحب، ولما يقوت الزارع وغيره إلى إدراك زرعه.

ألا ترى أن الملك إذا أراد ثمارة بلد من البلدان ـ كان السبيل إلى ذلك أن يعطي أهله ما يبذرونه في أرضهم، وما يفوتهم إلى إدراك زرعهم.

وأيضاً فإن الحبة إذا وقعت في الأرض الرطبة، ووضع عليها الماء والتراب ـ فالنظر العقلي يقتضي أنها تتعفن، وتفسد، وتنتفخ وتتحلل من جميع الجوانب، ومع ذلك لا تراها تنشق إلا من الأعلى والأسفل.

وأيضاً فإنَ الشجرة النابتة من تلك الحبة بعضها يكون خشباً، وبعضها نوراً، وبعضها يكون ثمرة، فترى الأغصان في الشجرة تلقاك بالثمر، حتى كأنها تناولكها عن يد، وترى الرياحين تلقاك في أفنانها كأنها تحييك بأنفسها.

فلمن هذا التقدير إلا لمقدر حكيم، وما العلة فيه إلا تفكيه الإنسان بهذه الأنواع.

أفلا تعجب من أناس جعلوا مكان الشكر على النعمة جحود المنعم بها؟!

وإذا تأملت في الثمرة الواحدة ـ تجدها مختلفة التقيم مختلف أجزاؤها في الطبع. انظر إلى الرُمَانة وما فيها من جمال الصنعة، وكمال التدبير، فإنك ترى فيها كأمثال التلال من شحم مركوم، وحب مرصوف، وترى الحب مقسماً أقساماً، كل قسم منها مقسوم بلفائف منسوجة أعجب نسج وألطفه وقشره الخارج يضم ذلك كله، فمن التدبير في الصنعة والحكمة أنه لم يكن حشو الرمانة من الحب الخالص، لأنه لا يمسك بعضه بعضاً، فجعل ذلك الشحم ثم لف الحب في تلك اللفائف، ليضمه ويمسكه، فلا يضطرب، ونحشي ذلك بقشرة مستحصفة، لتصونه وتحفظه من الآفات فسبحان المبدع الذي أحسن كل شيء خلقه.

انظر إلى الحبة، أو النواة الواحدة ـ تجدها تجمع طباعاً مختلفة، فقشرها له طبيعة خاصة، وجرمها له طبيعة خاصة، ويصلح لما لا يصلح له القشر، وكذلك يقال في الأوراق والثمار، والأزهار.

انظر إلى أحوال الفواكه، فبعضها يكون اللب في الداخل والقشر في الخارج، وبعضها يكون بالعكس.

هذه النباتات في الأنواع والخواص والأثمار، والطباع، مع اتحاد التربة والماء والهواء، والتكوين على خلاف ما تقتضيه الطبيعة، ويقضي به العقل في بادىء النظر، دليل على أن ذلك الحاصل ليس حصوله اتفاقيًا ولا اقتضته طبيعة، بل هو بفعل فاعل حكيم مختار. قال الله تعالى: ﴿وفي الأرض قِطَعٌ مُتجاورات وجنات من أعناب وَزُرع ونخيل صِنْوان وغير صنوان يُسقى بماءٍ واحد ونفضّلُ بعضها على بعض في الأكل إن في ذلك لآياتٍ لقوم يتفكرون﴾.

ينظر صفة الواحدنية لشيخنا عبد الحميد فتح الله.

بحيث يتعذر[1] الوصول إليه يكتفي به إذا كان ممكن الحصول في الجملة؛ إذ الدلائل تتفاوت في نفسها في الجلاء والخفاء، والمستدلون أيضاً يتفاوتون/ في الغباوة والذكاء، فالشرع أسقط ١٧٢أ اعتبار هذا التفاوت، فكانت العبرة لأصل الإمكان في هذا الباب، وأما ما كان الدليل في حقه منعدماً، فهو في حق الأحكام ملحق بالعدم.

وإذا عرف هذا فنقول: الشهر الذي يموت فلان في آخره، فإن اتصف بالتقدم من وقت وجوده، لكن كان دليل اتصافه منعدماً أصلاً، فلم يكن لهذا الاتصاف عدة، ويبقى ملك النكاح إلى آخر جزء من أجزاء الشهر، فيعلم كونه متقدماً على موته، ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الأجزاء المتقدمة عليه إلى تمام الشهر، ولا يظهر أن دليل الاتصاف كان موجوداً في أول الشهر؛ إذ الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر، ووجود الجزء الأخير من الشهر مقارناً لأول الشهر محالٌ، فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدماً موجوداً، فلم يعتبر هذا الاتصاف، فبقي ملك النكاح إلى وقت وجود الجزء الأخير، فيحكم في هذا الجزء بكونها طالقاً.

وَمِنْ ضرورة كونها طالقاً في هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الأصل؛ لأنها تكون طالقاً بذلك الطلاق المضاف إلى أول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت، فلأجل هذه الضرورة حُكِمَ بالطلاق من أول الشهر، لكن بعد ما كان النكاح إلى هذا الوقت قائماً لعدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا، ثم لما حكم بكونها طالقاً للحال، وثبت الانطلاق فيما مضي من أول الشهر ضرورة جعل، كأن الطلاق يقع للحال، ثم بعد وقوعه يسري إلى أول الشهر، هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل، وإذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل.

أما العدة فإنها تجب في آخر جزء من أجزاء حياة فلان الميت، لأنها مما يحتاط في إيجابها فوجبت للحال، وجعل كأن الطلاق وقع للحال.

وَأَمَّا الخلعُ فإنْ كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح، وَإن كانت منقضية العدة صح؛ لأنها إذا كانت باقية كان النكاح باقياً من وجه ويحكم ببقائه إلى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل، ثم يحكم للحال بكونها طالقاً بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند إلى أول الشهر، علم أنه خالعها وهي بائنة عنه، فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع، وإذا كانت منقضية العدة وقت الموت، فالنكاح الذي كان يبقى إلى آخر جزء من أجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع، فبقي النكاح إلى وقت الخلع، ولم يظهر أنه كان مرتفعاً عند الخلع، فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع، بخلاف ما إذا قال: إن كان زيد

---

(١) في أ: يندر.

في الدار؛ لأن دليل الوقوف على كون زيد في الدار موجود حالة التكلم، فانعقد الطلاق تنجيزاً لو كان هو في الدار؛ لأن التعليق بالموجود تحقق وبخلاف ما إذا قال: إن كان حمل فلانة غلاماً؛ لأن الولد في البطن يمكن الوقوف في الجملة على صفة الذكورة والأنوثة، فإنه ما من ساعة إلا ويجوز أن يسقط الحمل، فانعقد الطلاق تنجيزاً، ثم علمنا بعد ذلك.

وبخلاف ما إذا قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات ـ أنه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين؛ لأن هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها آخر الوجود حد الآخر، وهو الفرد اللاحق، وهي فرد وهي لاحقة، ألا ترى أنه يقول: امرأتي الأولى وامرأتي الأخيرة، إلاَّ أنه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال، لاحتمال أنه يتزوج بثالثة فتسلب صفة الآخرية عن الثانية، فإذا مات قبل أن يتزوج بثالثة تقررت صفة الآخرية للثانية من الأصل، فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت، وهٰهنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدمٌ في أول الشهر، وما لا دليل عليه يلحق بالعدم، وهو هذا؛ بخلاف ما إذا قال لامرأته: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق، ولم يتزوج حتى مات أنه يقع الطلاق على امرأته مقتصراً على الحال؛ لأن هناك علق الطلاق صريحاً بعدم التزوج، والعدم يستوعب العمر.

ألاَ ترى أنه لو تزوج في العمر مرةً، لا يوصف بعدم التزوج؛ لأن الوجود قد تحقق، والعدم يقابل الوجود، فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت، والمعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصراً على حال وجود الشرط، وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط، بل هو إضافة الطلاق إلى وقت موصوف بصفة، فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذي ذكرنا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

ولو قال لامرأته: أنت طالقٌ قبل موتي بشهر، أو قبل موتك بشهر، فمات لتمام الشهر، أو ماتت ـ لا يقعُ الطلاق عندهما.

وعند أبي حنيفة: يقع.

فهما فَرَّقَا بين الطلاق والعتاق، فقالا العتاق يقع، والطلاق لا يقع، لأن عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط، والمعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط، والزوج/ بعد الموت ليس من أهل إيقاع الطلاق ولا المرأة بعد موتها تحل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق؛ لأنه يقع بعد الموت كما في التدبير، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

١٧٢ب

ولو قال لعبده: أنت حُرٌّ قبل موت فلان وفلان بشهر، أو قبل قدوم فلان وفلان بشهر، فإن مات أحدهما أو قدم قبل مضي شهر لا يعتق أبداً؛ لأنه أضاف العتق إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدومهما ولم يوجد، ولا يتصور وجوده بعد ذلك؛ لأنه لو تم الشهر

بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما، كان موصوفاً بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما، وهو ما أضاف العتق إلى هذا الشهر، بل إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدومهما جميعاً، وهذا غير ذاك.

وإن مضي شهر ثم مات أحدهما عتق العبد، وَإن لم يمت الآخر بعد، بخلاف ما إذا قال: أنت حُرٌّ قبل قدوم فلان وفلان بشهر، ثم قدم أحدهما لتمام الشهر ـ أنه لا يعتق ما لم يقدم الآخر.

ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم، وهو أنه إذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقاً على موتهما، وإذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الأول سابقاً على قدومهما، وإنما يتحقق عند وجود قدومهما جميعاً، فكان القياس أن لا يعتق ما لم يموتا جميعاً في لحظة واحدة بعد مضي شهر، فكذا في القدوم، وهو قول على الرازي؛ لأن العتق أضيف إلى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما متصل بهما، لأنه أضاف العتق إلى شهر متقدم على موتهما أو قدومهما، ومن ضرورة ذلك وجود موتهما أو قدومهما جميعاً، وعند ثبوت التراخي فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعاً قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر، وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر، وأنه خلاف ما أضاف فلا يقع، بخلاف ما إذا قال: أنت حر قبل يوم الفطر والأضحى بشهر، حيث يعتق كما أهلّ هلال رمضان؛ لأن وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل، والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل، فعلم أنه أراد به إضافة العتق إلى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر، وعلى الآخر بمدة غير مقدرة، وفيما نحن فيه لا استحالة، فيراعي عين ما أضاف إليه وجوب الاستحالة عن هذا أن الأصل في أحكام الشرع أن المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة، وقدوم شخص في جزء لا يتجزأ من الزمان بحيث لا يتقدم أحدهما على صاحبه مستحيلٌ عادةً؛ وكذا موت شخصين على هذا الوجه، والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسألة الفطر والأضحى هكذا؛ فكذا من المستحيل عادة.

وكذا لو قال: أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر، فإن مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضي الشهر، لا يعتق أبداً لما قلنا، وإن مات أحدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الآخر، وإن قدم أحدهما بعد مضي الشهر عتق، ولا ينتظر موت الآخر إلاً أنه لا يستدل[1] لما ذكرنا أن الموت كائن لا محالة، والقدوم موهوم الوجود.

وَلَوْ قَال: أنت حُرٌّ الساعة إن كان في علم الله ـ عزَّ وجلَّ ـ أن فلاناً يقدم إلى شهر،

(١) في أ: لا يستند.

فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر ـ سواءٌ؛ لأنه لا يراد بهذا علم الله ـ تعالى ـ الأزلي القائم بذاته ـ عزَّ وجلَّ ـ، وإنما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا، وقد يظهر لنا وقد لا يظهر، فكان شرطاً فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط؛ كما في سائر التعليقات بشروطها والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو قال: أنت حر بعد موتي بشهر، فكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر، فإن كان استوفى بدل الكتابة ثم مات لتمام الشهر، كان العتق حاصلاً بجهة الكتابة، وإن كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالإعتاق السابق، وسقط اعتبار الكتابة عند أبي حنيفة، وهذا يدلُّ على أن العتق يثبت بطريق الاستناد عنده.

وقال أبو القاسم الصفار: أنه تبطل الكتابة من الأصل، سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف، وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض؛ لأنه تبين أن العتق يثبت من أول الشهر فيتبين أن الكتابة لم تصح، وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب، وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده.

وعندهما إن استوفى بدل الكتابة، فالأمر ماضٍ؛ لأن العتق عندهما يثبت مقتصراً على حال الموت وهو حر في هذه الحالة؛ لوصوله إلى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البدل، وإن كان لم يستوف بعد بدل الكتابة، فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال، وإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير؛ لأنه مدبر مقيد؛ لأن عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على/ تلك الصفة وقد لا يوجد، ويسعى في الأقل من ثلثي قيمته، ومن جميع بدل الكتابة عند أبي يوسف، وعند محمد يسعى في الأقل من ثلثي بدل الكتابة ومن ثلثي قيمته. ١٧٣أ

وأصلُ المسألة أن مَنْ دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره، يعتقُ ثلثه مجاناً بالتدبير، ثم يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد في الأقل من ثلثي قيمته، ومن ثلثي بدل الكتابة، فهذا على ذاك إلاَّ أن عند أبي حنيفة يخير [العبد][1] بين أن يسعى في هذا وبين أن يسعى في ذاك، وعندهما يسعى في الأقل منها بدون التخيير، ثم عند أبي حنيفة في مسألة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر؛ هكذا ذكر في النوادر؛ لأنه يصير معتقاً من ذلك الوقت، وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده ويعتق من جميع المال.

وإن كان لا يخرج من الثلث بأن يقول: أنت حر قبل[2] موتي بشهر أو بشهرين أو ثلاثة

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: بعد.

أشهر أو ما شاء من المدة؛ ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح، فيعتق في جميع المال، وعندهما كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث؛ لأنه يصير عندهما معتقاً بعد الموت، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ المستعان.

وأما الإضافة إلى وقتين فالأصل فيه أن المضاف إلى وقتين ينزل عند أولهما، والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما، والمضاف إلى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما، والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما، ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه ينزل عند أولهما أيهما كان.

وبيان هذه الجملة إذا قال لعبده: أنت حر اليوم وغداً، يعتق في اليوم؛ لأنه جعل الوقتين جميعاً ظرفاً للعتق، فلو توقف وقوعه على أحدهما لكن الظرف واحداً لوقتين لا كلاهما، وأنه إيقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه.

ولو قال: أنت حر اليوم غداً أعتق في اليوم؛ لأنه أضاف الإعتاق إلى اليوم، ثم وصف اليوم بأنه غدٌ، وأنه محالٌ، ويبطل وصفه وبقيت الإضافة إلى اليوم.

ولو قال: أنت حُرٌّ غداً اليوم، يعتق في الغد، لأنه أضاف العتق إلى الغد، ووصف الغد باليوم وهو محالٌ، فلم يصح وصفه، وبقيت إضافته العتق إلى الغد، فيعتق في الغد.

ولو قال: أنت حر إن قدم فلان وفلان، فما لم يقدما جميعاً لا يعتق، لأنه علق عتقه بشرطين، فلا ينزل إلاَّ عند آخرهما؛ إذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما، ولكان ذلك تعليقاً بأحدهما، وهو علق بهما جميعاً لا بأحدهما.

ولو قال: أنت حُرٌّ اليوم أو غداً يعتق في الغد، لأنه جعل أحد الوقتين ظرفاً، فلو عتق في اليوم لكان الوقتان جميعاً ظرفاً، وهذا خلاف تصرفه.

ولو قال: أنت حر إن قدم فلان أو غداً، فإن قدم فلان قبل مجيء الغد عتق، وإن جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق، ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أن أيهما سبق مجيؤه يعتق عند مجيئه، والأصل فيه أنه ذكر شرطاً ووقتاً في تصرف واحد، ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط وبين الإضافة إلى وقت من التنافي، فلا بد من اعتبار أحدهما وترجيحه[1] على الآخر، فأبو يوسف رجح جانب الشرط، لأن الشرط لا يصلح ظرفاً، والظرفُ قد يصلح شرطاً، فكان الرجحان لجانب الشرط

(١) في أ: وتصحيحه.

فاعتبره تعليقاً بأحد الشرطين، فينزل عند وجود أولهما أيهما كان؛ كما إذا نص على ذلك، ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والإضافة، فإن كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقاً، واعتباره تعليقاً يقتضي نزول العتق عند أول الشرطين؛ كما إذا علقه بأحد شرطين نَصّاً، وإن كان الوقت هو السابق يعتبر إضافته واعتبارها يقتضي نزول العتق عند آخر الوقتين؛ كما إذا أضاف إلى آخر الوقتين نَصّاً، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الذي يرجع إلى نفس الركن، فهو ما ذكرنا في الطلاق، وهو أن يكون الركن عارياً عن الاستثناء رأساً كيفما كان الاستثناء، وضعيّاً كان أو عرفيّاً، عند عامة العلماء.

والكلام في الاستثناء في العتاق، وبيان أنواعه، وماهية كل نوع، وشرائط صحته على نحو الكلام في «باب الطلاق»، وقد ذكرنا ذلك كله في «كتاب الطلاق»، ولا يختلفان إلا في شيء واحد، وهو أنه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق، هو ولا يتصور في العتاق؛ لأن الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثناء بعض العدد، والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد، وإنما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة نحو أن يقول لعبيده: أنتم أحرارٌ إلا سالماً، لأن نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي.

١٧٣ب ولو استثنى/ عتق بعض العبد يصح عند أبي حنيفة، ولا يصح عندهما بناء على أن العتق يتجزأ عنده، فيكون استثناء البعض من الكل فيصح، وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكلِّ من الكل، فلا يصح.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال: غلاماي حران سالم وبريع إلاَّ بريعاً ـ أن استثناه جائز؛ لأنه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم وبريع، فانصرف الاستثناء إلى الجملة الملفوظ بها، فكان استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح، وليس كذلك ما إذا قال: سالمٌ حُرٌّ وبريع إلاَّ سالماً؛ لأنه لما ذكر كل واحد منهما بانفرادِهِ كان هذا استثناء عن كلِّ واحد منهما، فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح، ولو قال: أنت حُرٌّ وحر إن شاء الله ـ تعالى ـ، بطل الاستثناء في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: الاستثناء جائز.

وجه قولهما: إن هذا كلام واحد معطوف بعضه على بعض بحرف العطف، فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه؛ كما لو قال: أنت حُرٌّ لله إن شاء الله ـ تعالى ـ.

ولأبي حنيفة أن قوله: حر وحر، لغوٌ لثبوت الحرية باللفظ الأول، فكان فاصلاً بمنزلة السكوت، بخلاف قوله: أنت حر لله إن شاء الله ـ تعالى ـ؛ لأن قوله: لله ـ تعالى ـ، ليس بلغو فلا يكون فاصلاً.

وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجلٍ له خمسة من الرقيق، فقال: عشرة من

مماليكي إلا واحداً أحرار، أنه يعتق الخمسة جميعاً؛ لأنه لما قال عشرة من مماليكي أحراراً إلاَّ واحداً، فقد استثنى الواحد من العشرة، والاستثناء تكلم بالباقي، فصار كأنه قال: تسعة من مماليكي أحرارٌ، وله خمسة، ولو قال ذلك عتقوا جميعاً؛ كذا هذا.

ولو قال: مماليكي العشرة أحرارٌ إلاَّ واحداً، عتق منهم أربعة؛ لأن هذا رجل ذكر مماليكه وغلط في عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول، ويبقى قوله مماليكي أحرار إلا واحداً، ولو قال ذلك وله خمسة مماليك يعتق أربعة منهم؛ كذا هذا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل في صفة الإعتاق

وأما صفة الإعتاق فهي أن الإعتاق هل يتجزأ أم لا؟ وقد اختلف فيه.

وقال أبو حنيفة: يتجزأ سواء، كان المعتق موسراً أو معسراً.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يتجزأ كيفما كان المعتق.

وقال الشافعي: إن كان معسراً يتجزأ، وإن كان موسراً لا يتجزأ.

والمسألة مختلفة بين الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، قال بعضُهم فيمن أعتق نصف عبد بينه وبين غيره أنه يعتق نصفه ويبقي الباقي رقيقاً يجب تخريجه إلى العتاق، وهو مذهب عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ، وقال بعضهم: يعتق كله وليس للشريك إلا الضمان[1].

---

(١) ومن اعْتَقَ عَبْدَه، وهو صَحيحٌ جائِزُ التَّصَرُّفِ، صَحَّ عِتْقُه بإجْماعِ أَهْلِ الْعِلْمِ. وإنْ أَعْتَقَ بَعْضَه، عَتَقَ كُلُّه. في قَوْلِ جُمْهورِ العُلَماءِ. ورُوِيَ ذلك عن عُمَرَ، وابْنِه ـ رضي الله عنهما ـ، وبه قال الحسنُ، والْحَكَمُ، والأَوْزاعِيُّ، والثَّوْرِيُّ، والشَّافِعِيُّ. قال ابنُ عبدِ البَرِّ: عامَّةُ العُلَماءِ بالحجازِ، والعِراقِ، قالوا: يَعْتِقُ كُلُّه إذا أُعْتِقَ نِصْفُه. وقال طاوُسٌ: يَعْتِقُ في عِتْقِه، ويَرِقُّ في رِقِّه. وقال حمَّادٌ، وأبو حنيفة: يَعْتِقُ منه ما أُعْتِقَ. ويَسْعَى في باقِيه. وخالَفَ أبا حنيفةَ أصْحابُه، فلم يَرَوْا عليه سِعايَةً. ورُوِيَ عن مالِكٍ، في رجلٍ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدٍ، ثم غَفَلَ عنه حتى ماتَ، فقال: أَرَى نِصْفَه حُرًّا، ونِصْفَهُ رَقِيقاً؛ لأَنَّه تَصَرَّفَ في بعْضِه، فلم يَسْرِ إلى باقِيهِ، كالبَيْعِ، ولَنا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ في عَبْدٍ، فَكانَ معَهُ مَا يَبْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ العَدْلِ، وعَتَقَ عَلَيْهِ جَمِيعُ الْعَبْدِ». وإذا أُعْتِقَ عليه نَصيبُ شَريكِه، كان بينهما على عِتْقِ جميعه إذا كان كُلُّه مِلْكاً له. وقال النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصا لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ، فَهُوَ حُرٌّ مِنْ مالِهِ». ولأَنَّهُ إزالَةُ مِلْكٍ لبَعْضِ مَمْلوكِهِ الآدَمِيِّ، فزالَ عن جَميعِه، كالطَّلاقِ، ويُفارِقُ البَيْعَ؛ فإنَّهُ لا يحتاجُ إلى السِّعايَةِ، ولا يَنْبَنِي على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ، إذا ثَبَتَ هذا، فلا فَرْقَ بينَ أنْ يُعْتِقَ جُزْءًا كَبيراً، كنِصْفِهِ وثُلُثِهِ، أَوْ صَغيراً، كَعُشْرِهِ وعُشْرِ عُشْرِهِ. ولا نَعْلَمُ في هذا خِلافاً بينَ القائلينَ بسِرَايَةِ العِتْقِ إذا كان مَشاعاً. وإن أُعْتَقَ جُزْءاً مُعَيَّناً، كَرَأْسِهِ، أو يَدِهِ، أو أُصْبُعِهِ، عَتَقَ كُلُّهُ أيضاً. وبهذا قال قَتادَةُ، والشَّافِعِيُّ، وإسْحاقُ. وقال أصْحابُ الرَّأْيِ: إنْ أَعْتَقَ رَأْسَهُ، أو ظَهْرَه، أو بَطْنَه، أو جَسَدَه، أو نَفْسَه، أو فَرْجَه، عَتَقَ كُلُّه؛ لأنَّ حيَاتَه لا تَبْقَى بدُونِ ذلك، وإنْ أعْتَقَ يَدَه، أَوْ عُضواً تَبْقَى حَياتُه بدُونِه، لم يَعْتِقْ؛ لأنَّه يُمْكِنُ إزالَةُ ذلك مع =

وقال علي وابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: عتق ما عتق ورقَّ ما رق، هما احتجا بالغص والمعقول والأحكام.

أما النص فما روي عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ شَقْصاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ عُتِقَ كُلُّهُ لَيسَ للَّهِ فِيهِ شَرِيكٌ**»[1] وهذا نصٌّ على عدم التجزي وفي رواية: «**مَنْ أَعْتَقَ شركاً لَهُ فِي عَبْدٍ، فَقَدْ عُتِقَ كُلُّهُ لَيسَ للَّهِ فِيهِ شَرِيكٌ**».

= بَقائِهِ، فلم يَعْتِقْ بإعْتاقِهِ، كشَعَرِه، أو سِنِّه. ولَنا، أنَّهُ أَعْتَقَ عُضواً من أَعْضائِهِ، فَيَعْتِقُ جَميعُهُ، كَرَأْسِه، فَأَمَّا إذا أَعْتَقَ شَعَرَه، أو سِنَّه، أو ظُفْرَه، لم يَعْتِقْ. وقال قَتادَةُ، واللَّيثُ، في الرَّجُلِ يُعْتِقُ ظُفرَ عَبْدِه: يَعتِقُ كُلُّه؛ لأنَّه جُزْءٌ مِنْ أَجْزائِه أَشْبَهَ أُصْبُعَه. ولَنا، أنَّ هذه الأَشياءَ تَزُولُ، ويَخْرُجُ غيرُها، فأَشْبَهَتِ الشَّعَر، والرِّيقَ، وقد ذُكِرَ ذلك في الطَّلاقِ، وما ذُكِرَ في الطَّلاقِ فالعَتاقُ مِثْلُه.
ينظر: المغني (١٤/ ٣٦٢ ـ ٣٦٣).

(١) أخرجه البخاري (٥/ ١٣٢) كتاب الشركة: باب تقويم الأشياء بين الشركاء حديث (٢٤٩٢)، (٥/ ١٥٦) كتاب العتق: باب من أعتق نصيباً في عبد حديث (٢٥٢٦) ومسلم (٢/ ١١٤١) كتاب العتق: باب ذكر سعاية العبد حديث (٤/ ١٥٠٣)، (٣/ ١٢٨٧) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٥٤/ ١٥٠١) وأبو داود (٤/ ٢٥٥) كتاب العتق: باب ذكر السعاية حديث (٣٩٣٧، ٣٩٣٨) والترمذي (٣/ ٦٣٠) كتاب الأحكام: باب العبد حديث (٣٩٣٧، ٣٩٣٨) والترمذي (٣/ ٦٣٠) كتاب الأحكام: باب العبد يكون بين الرجلين حديث (١٣٤٨) والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٨٥) كتاب العتق: باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين خبر أبي هريرة في ذلك والاختلاف على قتادة فيه حديث (٤٩٦٢، ٤٩٦٣، ٤٩٦٤، ٤٩٦٥) وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب العتق: بابا من أعتق شركاً له في عبد حديث (٢٥٢٧) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٧) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما، والدرقطني (٤/ ١٢٨) كتاب المكاتب حديث (١٢) والبيهقي (١٠/ ٢٨٠ ـ ٢٨١) كتاب العتق: باب من قال في المعسر يستسعي العبد في نصيب صاحبه، وأحمد (٢/ ٤٢٦) والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٢٥٧ ـ بتحقيقنا) من طرق كثيرة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه.
وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وقال البغوي: وروى شعبة وهشام هذا الحديث عن قتادة وهما أثبت من روى عن قتادة ولم يذكرا فيه السعاية ورواه همام عن قتادة وجعل ذكر السعاية من كلام قتادة ولم يجعله من متن الحديث ا هـ.
ـ شرح كلام البغوي والتعقيب عليه بكلام الحافظ ابن حجر ـ هذا الحديث قد اختلف فيه على قتادة فرواه بعضهم عنه بذكر السعاية وهم سعيد بن أبي عروبة عند البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه والنسائي في «الكبرى».
وجرير بن حازم عند البخاري ومسلم.
وحجاج بن أرطأة ويحيى بن صبيح عند الطحاوي.
وأبان العطار عند أبي داود والطحاوي وحجاج بن حجاج كما في الفتح (٥/ ١٨٧).
وموسى بن خلف عند الخطيب البغدادي في كتاب «الفصل والوصل للمدرج في النقل» كما في الفتح أيضاً (٥/ ١٨٧). =

....

= وقد أشار البخاري رحمه الله لمتابعة حجاج وأبان وموسى لسعيد بن أبي عروبة.
فقال في الصحيح (٢٥٢٧): تابعة حجاج بن حجاج وأبان وموسى بن خلف عن قتادة، اختصره شعبة.
قال الحافظ في «الفتح» (٥/١٨٧): أراد البخاري بهذا الرد على من زعم أن الاستسعاء في هذا الحديث غير محفوظ وأن سعيد بن أبي عروبة تفرد به ا هـ وقد روى هذا الحديث شعبة وهشام عن قتادة فخالفا سعيد بن أبي عروبة وأصحابه فذكروا الحديث دون السعاية.
أما رواية شعبة
فأخرجها مسلم (٢/ ١١٤٠) كتاب العتق: باب سعاية العبد حديث حديث (٢/ ١٥٠٢) والطيالسي (١/ ٢٤٥ ـ منحة) رقم (١٢٠٦) وأحمد (٢/ ٤٦٨) وأبو داود (٤/ ٢٥٣) كتاب العتق: باب فيمن أعتق نصيباً له في مملوك حديث (٣٩٣٥) والدارقطني (٤/ ١٢٥) كتاب المكاتب حديث (٩) والبيهقي (١٠/ ٢٧٦) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر، كلهم من طريق شعبة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: من أعتق مملوكاً كان بينه وبين آخر فعليه خلاصه.
ـ أما رواية هشام
فأخرجها أحمد (٢/ ٥٣١) وأبو داود (٤/ ٢٥٣) كتاب العتق: باب فيمن أعتق نصيباً له في مملوك حديث (٣٩٣٦) والدارقطني (٤/ ١٢٦) كتاب المكاتب حديث (٩) والبيهقي (١٠/ ٢٧٦) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد، من طريق هشام عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: من أعتق نصيباً له في مملوك عتق من ماله إن كان له مال.
وقد رواه همام عن قتادة فجعل ذكر السعاية من كلام قتادة.
أخرجه الدارقطني (٤/ ١٢٧) كتاب المكاتب حديث (١٠) والحاكم في «معرفة علوم الحديث» (ص ـ ٤٠، ٤١) والخطابي في «معالم السنن» (٤/ ٦٩ ـ ٧٠) والبيهقي (١٠/ ٢٨٢) كتاب العتق: باب في المعسر يستسعي العبد في نصيب صاحبه كلهم من طريق همام عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة: أن رجلاً أعتق شقيصاً له من غلام فأجاز النبي ﷺ عتقه وغرمه بقية ثمنه. وقال قتادة: إن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه.
وقال الدارقطني: سمعت أبا بكر النيسابوري يقول ما أحسن ما رواه همام وضبطه وفصل بين قول النبي ﷺ وقول قتادة.
وقد ذهب إلى ذلك أيضاً ابن المنذر فقال: هذا الكلام من فتيا قتادة وليس من متن الحديث رواه الخطابي في «معالم السنن» (٤/ ٧٠) عنه.
ورواية همام ذكرها الحافظ في «الفتح» (٥/ ١٨٨) وزاد نسبتها إلى الإسماعيلي وابن المنذر والخطيب في «الفصل والوصل» وقال رحمه الله: هكذا جزم هؤلاء بأنه مدرج وأبى ذلك آخرون منهم صاحبا الصحيح فصححا كون الجميع مرفوعاً وهو الذي رجحه ابن دقيق العيد وجماعة لأن سعيد بن أبي عروبة أعرف بحديث قتادة لكثرة ملازمته له وكثرة أخذه عنه من همام وغيره وهشام وشعبة وإن كانا أحفظ من سعيد لكنهما لم ينفيا ما رواه وإنما اقتصرا من الحديث على بعضه وليس المجلس متحداً حتى يتوقف في زيادة سعيد فإن ملازمة سعيد لقتادة كانت أكثر منهما فسمع منه ما لم يسمعه غيره وهذا كله لو انفرد وسعيد لم ينفرد وقد قال النسائي في حديث قتادة عن أبي المليح في هذا الباب بعد أن ساق الاختلاف فيه على قتادة: هشام وسعيد أثبت في قتادة عن همام...... ا هـ.

وأما المعقول: فهو أن العتق في العرف اسم لقوة حكمية دافعة يد الاستيلاء، والرق اسم لضعف حكمي يصير به الآدمي محلاً للتملك، فيعتبر الحكمي بالحقيقي، وثبوت القوة الحقيقية والضعف الحقيقي في النصف شائعاً مستحيل، فكذا الحكمي؛ ولأن للعتق آثاراً من المالكية والولاية والشهادة والإرث ونحوها، وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزء، ولهذا لم يتجزأ في حال الثبوت حتى لا يضرب الإمام الرق في انصاف السبايا، ويمن عليهم بالإنصاف؛ كذا في حالة البقاء.

وأما الأحكام: فإن إعتاق النصف قد تعدى إلى النصف الباقي في الأحكام، حتى امتنع جواز التصرفات النافلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند أصحابنا؛ وكذا يجب تخريجه إلى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية حتى يجبره القاضي على ذلك، وهذا من آثار عدم التجزيء، وكذا الاستيلاد لا يتجزأ حتى لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعاه، تصير كلها أم ولد له بالضمان.

ومعلوم أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية، فالحق إذا لم يحتمل التجزؤ[1] فالحقيقة أولى، وكذا لو عتق نصف أم ولد أو أم ولده بينه وبين شريكه عتق كلها، وإذا لم يكن الإعتاق متجزئاً، لم يكن المحل في حق العتق متجزئاً، وإضافة التصرف إلى بعض ما لا يتجزأ في حقه يكون إضافة إلى الكل؛ كالطلاق والعفو عن القصاص، والله أعلم.

ولأبي حنيفة النصوص والمعقول والحكم: أما النص فما روي عن عبد الله بن عمرو ـ رضي الله عنه ـ عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ نَصِيباً لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ كُلِّفَ عِتْقَ بَقِيَّتِهِ**»[2] وإن لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صنع، وروي/ : «**كُلِّفَ عِتْقَ مَا بَقِي**»، وروي وجب عليه أن يعتق ما بقي، وذلك كله نص على التجزي؛ لأن تكليف عتق الباقي لا يتصور بعد ثبوت العتق في كله، وقوله ﷺ: «**جَازَ مَا صَنَعَ**»[3] إشارة إلى عتق البعض؛ إذ هو الذي صنعه لا غير. ١٧٤أ

وروي عن عبد الله بن عمرو ـ رضي الله عنهما ـ أيضاً عن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ شركاً لَهُ في عَبْدٍ، وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيهِ قِيمَةُ عَدْلٍ، وَأَعْطَىٰ شركاءه**

---

(١) في ط: يتجزأ.

(٢) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٩٦٤) من طريق داود بن الزبرقان عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وأعله بداود بن الزبرقان وضعفه عن ابن معين والنسائي ثم قال: وهو من جملة الضعفاء الذين يكتب حديثهم.

(٣) تقدم تخريجه.

حِصَصَهُمْ، وَعُتِقَ عَلَيْهِ العَبْدُ، وَإِلاَّ عتق مَا عَتَقَ»[1] والحديث يدُلُّ على تعلق عتق الباقي

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٢) كتاب العتق والولاء: باب من أعتق شركاء له في مملوك حديث (١).

ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/ ٦٦) كتاب العتق: باب ما جاء في العتق وحق المملوك حديث (٢١٧) والبخاري (٥/ ١٥١) كتاب العتق: باب إذا أعتق عبداً بين اثنين حديث (٢٥٢٢) ومسلم (٢/ ١١٣٩) كتاب العتق حديث (١/ ١٥٠١) وأبو داود (٤/ ٢٥٦) كتاب العتق: باب من روى أنه لا يستسعي حديث (٣٩٤٠) وابن ماجه (٢/ ٨٤٤) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٢٥٢٨) وابن الجارود في «المنتقى» حديث (٩٧٠) وأبو يعلى (١٠/ ١٧٧) رقم (٥٨٠٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما وأحمد (٢/ ١١٢، ١٥٦) والبيهقي (١٠/ ٢٧٤) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً في عبد وهو موسر، وأبو نعيم في «الحلية» (٩/ ١٦٠) كلهم من طريق نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق.

وقد اختلف في زيادة فقد عتق منه ما عتق هل هي من قوله ﷺ أم هي من قول نافع وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بهذه الزيادة من قول النبي ﷺ كمالك وجرير بن حازم وعبيد الله بن عمر وإسماعيل بن أمية.

وأما رواية مالك فقد تقدمت وهي الرواية السابقة.

أما رواية جرير بن حازم

فأخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٤٩/ ١٥٠١) وأحمد (٢/ ١٠٥) والبيهقي (١٠/ ٢٧٩) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً ففي عبد وهو معسر، كلهم من طريق جرير بن حازم عن نافع عن ابن عمر به بلفظ: من أعتق نصيباً له في عبد فكان له من المال قدر ما يبلغ قيمته قوم عليه قيمة عدل وإلا فقد عتق منه ما عتق.

ـ أما رواية عبيد الله بن عمر

فأخرجها البخاري (٥/ ١٥١) كتاب العتق: باب إذا أعتق عبد بين اثنين حديث (٢٥٢٣) ومسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٤٨/ ١٠٥١) وأبو داود (٤/ ٢٥٧) كتاب العتق: باب من روى أنه لا يستسعي حديث (٣٩٤٣) وأحمد (٢/ ١٤٢) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين الرجلين فيعتقه أحدهما، والدراقطني (٤/ ١٢٣ ـ ١٢٤) كتاب المكاتب حديث (٧) والبيهقي (١٠/ ٢٨٠) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد وهو معسر، كلهم من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: من أعتق شركاً له في مملوك فعليه عتقه كله إن كان له مال يبلغ ثمنه، فإن لم يكن له مال يُقَوَّم عليه قيمة عدل على المعتق فأعتق منه ما أعتق. هذا لفظ البخاري.

ـ أما رواية إسماعيل بن أمية

فأخرجها الدارقطني (٤/ ١٢٣ ـ ١٢٤) كتاب المكاتب حديث (٧) من طريق إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: من أعتق شركاً له في عبد أقيم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه وعتق عليه العبد إن كان موسراً وإلا عتق منه ما عتق ورق ما بقي.

....

= ومن هذه الروايات نجد أنه قد اتفق على رواية هذا الحديث بزيادة وإلا عتق منه ما عتق كل من مالك وجرير بن حازم وعبيد الله بن عمر وإسماعيل بن أمية.

وقد رواه بعضهم عن نافع عن ابن عمر بدون هذه الزيادة وهم جويرية بن أسماء ومحمد بن إسحاق والليث بن سعد وموسى بن عقبة وابن أبي ذئب وصخر بن جويرية والزهري وأسامة بن زيد وهشام بن سعد.

رواية جويرية بن أسماء

أخرجه البخاري (٥/ ١٣٧) كتاب الشركة: باب الشركة في الرقيق حديث (٢٥٣) وأبو داود (٤/ ٢٥٧) كتاب العتق: باب من روى أنه لا يستسعي حديث (٣٩٤٥) والبيهقي (١٠/ ٢٧٧) كتاب العتق: باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة، من طريق جويرية بن أسماء.

- رواية محمد بن إسحاق

أخرجها الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٥) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما، من طريق محمد بن إسحاق.

- رواية الليث بن سعد

أخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٤٩/ ١٥٠١) وأحمد (٢/ ١٥٦) والبيهقي (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر، من طريق الليث بن سعد.

- رواية موسى بن عقبة

أخرجها البخاري (٥/ ١٥١) كتاب العتق: باب إذا أعتق عبد بين اثنين حديث (٢٥٢٥) والبيهقي (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق: باب من أعتق شركاء له في عبد وهو موسر، من طريق موسى بن عقبة.

- رواية ابن أبي ذئب

أخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما، والبيهقي (١٠/ ١٧٥) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر، كلهم من طريق ابن أبي ذئب.

- رواية صخر بن جويرية

أخرجها الدارقطني (٤/ ١٢٩) كتاب المكاتب: الحديث (١٣) والطحاوي (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين رجلين فيعتقه أحدهما، من طريق صخر.

- رواية الزهري

أخرجها الدارقطني (٤/ ١٢٣) كتاب المكاتب حديث (٦) من طريق الزهري.

- رواية أسامة بن زيد

أخرجها مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٤٩/ ١٥٠١) والبيهقي (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر، من طريق أسامة بن زيد.

- رواية هشام بن سعد

أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٧٧) كتاب العتق: باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة من طريق هشام بن سعد، كلهم عن نافع عن ابن عمر دون هذه الزيادة. =

....

= وقد رواه أيوب ويحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر وقد شكا في كونها مرفوعة أو هي من قول نافع.

- رواية أيوب

أخرجه البخاري (٥/ ١٥١) كتاب العتق: باب إذا أعتق عبد بين اثنين حديث (٢٥٢٤) ومسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٤٩/ ١٥٠١) وأحمد (٢/ ١٥) وعبد الرزاق (٩/ ١٥١) رقم (٥/ ١٦٧) وأبو داود (٤/ ٢٥٧) كتاب العتق: باب من روى أنه لا يستسعي حديث (٣٩٤٢) والترمذي (٤/ ٦٢٩) كتاب الأحكام: باب العبد يكون بين الرجلين حديث (١٣٤٦) والنسائي (٧/ ٣١٩) كتاب البيوع: باب الشركة في الرقيق والبيهقي (١٠/ ٢٧٦ - ٢٧٧) كتاب العتق: باب يكون حراً يوم تكلم بالعتق، كلهم من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق، قال نافع: وإلا فقد عتق منه ما عتق قال أيوب: لا أدري أشيء قاله نافع أو شيء في الحديث. لفظ البخاري وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

- رواية يحيى بن سعيد

أخرجه مسلم (٣/ ١٢٨٦) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٤٩/ ١٥٠١) والبيهقي (١٠/ ٢٧٧) كتاب العتق: باب يعتق بالقول ويدفع بالقيمة، من طريق يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر بمثل رواية أيوب.

قال يحيى: لا أدري شيئاً من قبله كان يقوله - أي نافع - أم هو شيء في الحديث قال الحافظ ابن حجر في «الفتح» (٥/ ١٨٤):

هذا شك من أيوب في هذه الزيادة المتعلقة بحكم المعسر هل هي موصولة مرفوعة أن منقطعة مقطوعة وقد رواه عبد الوهاب عن أيوب فقال في آخره: وربما قال: وإن لم يكن له مال فقد عتق منه ما عتق «وربما لم يقله وأكثر ظني أنه شيء يقوله نافع من قيله، أخرجه النسائي وقد وافق أيوب على الشك في رفع هذه الزيادة يحيى بن سعيد عن نافع أخرجه مسلم والنسائي. ولفظ النسائي: وكان نافع يقول قال يحيى: لا أدري أشيء كان من قبله يقوله أم شيء في الحديث فإن لم يكن عنده فقد جاز ما صنع» ورواها من وجه آخر عن يحيى فجزم أنها عن نافع وأدرجها في المرفوع من وجه آخر وجزم مسلم بأن أيوب ويحيى قالا: «لا ندري أهو في الحديث أو شيء قاله نافع من قبله» ولم يختلف عن مالك في وصلها ولا عن عبيد الله بن عمر لكن اختلف عليه في إثباتها وحذفها كما تقدم والذين أثبتوها حفاظ فإثباتها عن عبيد الله مقدم وأثبتها أيضاً جرير بن حازم كما سيأتي وإسماعيل بن أمية عند الدارقطني وقد رجح الأئمة رواية من أثبت هذه الزيادة مرفوعة قال الشافعي: لا أحسب عالماً بالحديث يشك في أن مالكاً أحفظ لحديث نافع من أيوب لأنه كان ألزم له منه حتى ولو استويا فشك أحدهما في شيء لم يشك فيه صاحبه كانت الحجة مع من لم يشك. ويؤيد ذلك قول عثمان الدارمي: قلت لابن معين مالك في نافع أحب إليك أو أيوب؟ قال: مالك ا.هـ وقد توبع نافع على هذا الحديث تابعه سالم بن عبد الله بن عمر.

أخرجه البخاري (٥/ ١٧٩) كتاب العتق: باب إذا أعتق عبداً بين اثنين حديث (٢٥٢١) ومسلم (٣/ ١٢٨٧) كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد حديث (٥٠، ٥١/ ١٥٠١) وأبو داود (٤/ ٢٥٨) كتاب العتق: باب من روى أنه لا يستسعي حديث (٣٩٤٦) والترمذي (٣/ ٦٢٩) كتاب الأحكام: باب =

بالضمان إذا كان المعتق موسراً، وعلى عتق البعض إن كان معسراً، فيدل على التجزء في حالة اليسار والإعسار.

وروي عن أبي هريرة عن رسولِ اللَّهِ ﷺ أنه قال: **«مَنْ كَانَ لَهُ شِقْصٌ فِي مَمْلُوكٍ فَأَعْتَقَهُ، فَعَلَيْهِ خَلاَصُهُ مِنْ مَالِهِ إنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَىٰ العَبْدُ فِي رَقَبَتِهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»**[1] وفي رواية: **«مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً لَهُ مِنْ مَمْلُوكٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يَعْتِقَهُ كُلَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَىٰ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»**.

وأما المعقول: فهو أن الإعتاق إن كان تصرفاً في الملك والمالية بالإزالة فالملك متجزىء؛ وكذا المالية بلا شك حتى تجري فيه سهامُ الورثةِ، ويكون مشتركاً بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم، وَإِنْ كَانَ تَصرفاً في الرق، فالرقُّ متجزىء أيضاً؛ لأن محله متجزىء وهو العبد، وإذا كان محله متجزئاً كان هو متجِّزئاً ضرورة، وأما حكم الاثنين إذا أعتقا عبداً مشتركاً بينهما، كان الولاء بينهما نصفين الولاء من أحكام العتق، فَدلَّ تجزؤه على تجزىء العتق.

وأما الحديث: فقد قيل إنه غير مرفوع، بل هو موقوف على عمر ـ رضي الله عنه ـ، وقد روي عنه خلافه فإنه روي أنه قال في عبدٍ بين صبيَ وبالغ أعتق البالغ نصيبه، قال: يُنتظر بلوغُ الصبي، فإذا بلغ، إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، ولئن ثبت رفعه فتأويله من وجهين:

أحدهما: أن معنى قوله: «عتق كله» أي: استحق عتق كله؛ لأنه يجب تخريج الباقي إلى العتق لا محالة، فيعتق الباقي لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان، وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾ [الزمر: ٣٠].

والثاني: أنه يحتمل المراد منه عتق كله للحال، ويحتمل أن المراد منه عتق عند الاستسعاء والضمان فنحمله على هذا عملاً بالأحاديث كلها.

وأما قولهما إن العتق قوة حكمية، فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شائعاً ـ

= العبد يكون بين الرجلين حديث (١٣٤٧) والنسائي (٧/ ٣١٩) كتاب البيوع: باب الشركة في الرقيق وأحمد (٢/ ٣٤) وعبد الرزاق (٩/ ١٥٠) رقم (١٦٧١٢) والحميدي (٢/ ٢٩٥) رقم (٦٧٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠٦) كتاب العتاق: باب العبد يكون بين الرجلين وابن حبان (٤٣١٢ ـ الإحسان) والبيهقي (١٠/ ٢٧٥) كتاب العتق: باب من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر، كلهم من طريق سالم عن أبيه عن النبي ﷺ قال: من أعتق عبداً بين اثنين فإن كان موسراً قوم عليه ثم يعتق.

قال الترمذي: حسن صحيح.

(١) تقدم تخريجه.

ممتنعٌ؛ فكذا الحكمية، فنقول: لِمَ قلتم إن اعتبار الحكم بالحقيقة لازم، أليس أن الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء؟ ثم الملك يثبت في النصف شائعاً، وهذا لأن الأمر الشرعي يعرف بدليل الشرع وهو النصُّ والاستدلال لا بالحقائق، وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق.

ألاَ تَرَىٰ أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما في الصبي والمجنون، بل هي من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات، ثم إنها من ثمرات حرية كل الشخص، لا من ثمرات حرية البعض، فإن الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجزين؛ شكراً لنعمة القدرة؛ وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل إلى إقامة حقوق الغير.

وقولهما: «لا يتجزأ ثبوته» كذا زواله، مِنْ مشايخنا مَنْ منع، وقال: إن الإمام إذَا ظَهَرَ على جماعة من الكفرة وَضَرَبَ الرق على أنصافهم وَمَنَّ على الإنصاف ـ جاز، ويكون حكمهم حكم معتق البعض في حالة البقاء، ثم إن سلمنا، فالرق متجزىء في نفسه حالة الثبوت، لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء؛ إذ لا يتصور وروده على بعض المحل دون بعض، وفي حالة البقاء وجود سبب زواله كاملاً وقاصراً، فيثبت كاملاً وقاصراً على حسب السبب.

وأما التخريج إلى الإعتاق وامتناع جواز التصرفات، فليس لعدم التجزىء، بل لمعنى آخر نذكره، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وأما الاستيلاد فممنوع أنه لا يتجزأ، بل هو متجزىء، فإن الأمَة المشتركة بين اثنين إذا جاءت بولدِ فادَّعَيَاهُ جميعاً، صارت أم ولد لهما، إلا أنه إذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له؛ لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد إليه بواسطة الولد؛ على ما نذكره في «كتاب الاستيلاد»، وما من متجزىء إلا وله حال الكمال إذا وجد السبب بكمال يتكامل، وإذا وجد قاصراً لا يتكامل، بل يثبت بقدره، وفي مسألتنا وجد قاصراً فلم يتكامل.

وكذا إعتاق أم الولد متجزىء والثابت له عتق النصف، وإنما يثبت له العتق في النصف الباقي، لا بإعتاقه بل لعدم الفائدة في بقاء نصيب الشريك؛ كما في الطلاق/ والعفو على القصاص على ما عرف في مسائل الخلاف، والله أعلم. ٢/ ١٧٤ب

وإذا عرف هذا الأصل ينبى عليه مسائلُ: عبدٌ بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة؛ لأن الإعتاق عنده متجزىء، وإعتاق البعض لا يوجب إعتاق الكل، بل يعتق بقدر ما أعتق ويبقي الباقي رقيقاً، وللشريك الساكت خمس خيارات، إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء دَبَّرَهُ، وإن شاء كاتبه، وإن شاء استسعاه معسراً كان المعتق أو موسراً، ويسعى وهو رقيق، وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه؛ إن كان موسراً، وليس له خيار الترك على

حاله؛ لأنه لا سبيل إلى الانتفاع به مع ثبوت الحرية في جزء منه، وترك المال من غير انتفاع أحد به سَيْبٌ له وأنه حرام، فلا بد من تخريجه إلى العتق، وله الخيار في ذلك من الوجوه التي وَصَفْنَا، أما خيار الإعتاق والتدبير والكتابة فإن[١] نصيبه باق على ملكه، وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما في حال الابتداء.

وأما خيار السعاية فلأن نصيبه صار محتسباً عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه، فيصير مضموناً عليه كما إذا انصبغ ثوب إنسان بصبغ غيره من غير صنع أحد، فاختار صاحب الثوب الثوب، أنه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتسباً عنده لقيامه بثوب مملوك لا يمكنه التمييز؛ كذا هٰهنا؛ ولأن في السعاية سلامة نفسه ورقبته له، وإنْ لم تصر رقبته مملوكة له.

ويجوز إيجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالتكاتب[٢]، وشراء العبد نفسه من مولاه، ولأن منفعة الإعتاق حصلت [له][٣] فكان عليه ضمانه؛ لقولهِ ﷺ: «**الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**» ثم خيار السعاية مذهبنا.

وقال الشافعيُّ: لا أعرف السعاية في الشريعة[٤] والوجه لقوله إن ضمان السعاية إما أن يكون ضمان إتلاف، وإما أن يكون ضمان تملك ولا إتلاف من العبد بوجه؛ إذ لا صنع له في الإعتاق رأساً، ولا ملك يحصل للعبد في نفسه بالضمان، ولأن المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة؛ وهي كون الشيء الواحد واجباً عليه وله؛ ولأن العبد معسر، والضمان في هذا الباب لا يجب على المعسر؛ ألا ترى أنه لا يجب على المعتق إذا كان معسراً مع وجود الإعتاق منه، فالعبد أولى.

---

(١) في ط: فلأن.
(٢) في أ: المكاتب.
(٣) سقط من ط.
(٤) حديث الاستسعاء قال الأثرم: ذَكَرَهُ سليمانُ بنُ حَرْبٍ، فطَعَنَ فيه، وضَعَّفَهُ. وقال أبو عبدِ الله: ليس في الاسْتِسْعاءِ يَثْبُتُ عن النَّبِيِّ ﷺ؛ حَديث أبي هُرَيْرَةَ يَرْوِيه ابنُ أبي عَرُوبَةَ. وأمَّا شُعْبَةُ، وهِشامٌ الدَّسْتُوائِيُّ. فلم يَذْكُراهُ، وحدَّثَ به مَعْمَرٌ، ولم يَذْكُرْ فيه السِّعايَةَ. قال أبو داوُدَ: وهَمَّامٌ أيضاً لا يقُولُه. قال المَرُّوذِيُّ: وضَعَّفَ أبو عبدِ الله حديثَ سَعيدٍ. وقال ابنُ المُنْذِرِ: لاَ يصِحُّ حديثُ الاسْتِسْعاءِ. وذَكَر هَمَّامٌ أنَّ ذِكْرَ الاسْتِسْعاءِ مِنْ فُتْيا قَتادَةَ، وفَرَّقَ بينَ الكلامِ الذي هو مِنْ قَوْلِ رسولِ الله ﷺ وقَوْلِ قَتادَةَ. قال بعدَ ذلكَ: فكانَ قَتادَةُ يَقولُ: إنْ لم يَكُنْ لَهُ مالٌ اسْتُسْعِيَ. قال ابنُ عبدِ البَرِّ: حديثُ أبِي هُرَيْرَةَ يَدورُ علَى قَتادَةَ، وقد اتَّفَقَ شُعْبَةُ، وهِشَامٌ، وهَمَّامٌ، على تَرْكِ ذِكْرِهِ، وهم الحُجَّةُ في قَتادَةَ، والقَوْلُ قَوْلُهُمْ فيه عند جَميعِ أَهْلِ العِلْمِ بالحَديثِ إذا خالَفَهم غيرُهم.
ينظر: المغني (١٤/ ٣٥٩، ٣٦٠).

ولنا ما روينا من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -، وروى محمد بن الحسن، عن أبي يوسف عن الحجاج بن أرطأة، عن نافع، عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ عَبْداً بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرِيكِهِ يُقَوَّمُ نَصِيبُ شَرِيكِهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً ضَمِنَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً سَعَىٰ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ**»[1]، فَدَلَّ أَنَّ القَوْلَ بالسِّعَايَةِ لاَزِمٌ فِي الجُمْلَةِ، عرفها الشافعي أو لم يعرفها؛ وكذا ما ذكرنا من المعاني.

وبه يتبين أنَّ ضمان السعاية ليس ضمان إتلاف ولا ضمان تملك، بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة؛ لأن كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا.

وقولهُ لا يجب للمولى على عبده دَيْنٌ، قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى في حكم المكاتب عنده إلى أن يؤدي السعاية إلى الشريك الساكت إذا اختار السعاية، أو إلى المعتق إذا ضمنه الشريك الساكت؛ لأنه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب، وتثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الإرث والشهادة والنكاح، فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج إلاّ اثنتين، لا يفترقان إلا في وجهٍ واحدٍ؛ وهو أن المكاتب إذا عجز يُرَدُّ في الرق، والمستسعى لا يردُّ في الرق إذا عجز؛ لأن الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده؛ وهو ثبوت الحرية في جزء منه، ولأن رده في الرق ههٰنا لا يفيد، لأنا لو رددناه إلى الرق لاحتجنا إلى أن نجبره على السعاية عليه ثانياً، فلا يفيد الرق.

فَإِنْ قِيلَ بدل الكتابة لا يلزم العبد إلاّ برضاه، والسعاية تلزمه من غير رضاه، فأنى يستويان؟

فالجوابُ أنه إنما كان كذلك لأن بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد؛ إذ المكاتبة معاوضة من وجه، فافتقرت إلى التراضي، والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقةً، بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا؛ لأن الرضا إنما شرط في الكتابة المبتدأة؛ لأنه يجوز أن يرضى بها العبد، ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا، وههٰنا لا سبيل إلى استبقائه على الرق شرعاً؛ إذ لا يجوز ذلك، فلم يشرط رضاه للزوم السعاية.

ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة: هذا الخيار يثبت الشريك/ الذي لم يعتق، سواء كان المعتق معسراً أو موسراً. ٢/ ١٧٥أ

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا يثبت إلاّ إذا كان معسراً؛ لأن الإعتاق لما لم يكن متجزئاً

---

(١) تقدم تخريجه من حديث ابن عمر.

عندهما، كان المعتق متلفاً نصيب الشريك، فوجب عليه الضمان، ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية، فَكَانَ ينبغي أن لا يجب حال الإعسار أيضاً، وأنْ لا يكون الواجب إلاَّ الضمان في الحالين جميعاً، وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس؛ لأن ضمان الإتلاف لا يختلف بالإعسار واليسار، إلاَّ أنَّا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا، والنصُّ ورد فيها في حال الإعسار، فحال اليسار يقف على أصل القياس، ولما كان متجزئاً عنده لم يكن الإعتاق إتلافاً لنصيبِ الشريكِ حتى يوجب ضمان الإتلاف، لكن بقي نصيبه محتسباً عند العبد بحقه؛ بحيث لا يمكن استخلاصه منه، وهذا يوجب الضمان على ما بَيَّنَّا، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الإعسار، فيثبت خيار السعاية في الحالين، وَإذا عتق بالإعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما لأن الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما.

وأما خيار التضمين حال يسار المعتق، فَأمْرَ ثبت شرعاً غير معقولِ المعنى بالأحاديث التي روينا، لأن الإعتاق إذا كان متجزئاً عنده، كان المعتق متصرفاً في ملك نفسه على طريق الاقتصار، ومن تصرف في ملك نفسه لا يؤاخذ بما حدث في ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه، كمن أحرق دار نفسه فاحترقت دَارُ جاره، أو أسقى أرض نفسه فَنَزَتْ أرض جاره، أو حفر بئراً في دار نفسه فوقع فيها إنسان؛ ونحو ذلك، إلا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبداً غير معقول، فتبقى حالة الإعسار على أصل القياس، أو ثبت معقولاً بمعنى النظر للشريك؛ كي لا يتلف ماله بمقابلة مال في ذمة المفلس من غير صنع من المعتق في نصيب شريكه، فصلح أن يكون موجباً للضمان، من غير أن يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم، وضمان الصلة والتبرع إنما يجب حالة اليسار كما في نفقة الأقارب، أو وجب نظراً للعبدِ لأنه تبرع عليه بإعتاق نصفه، فلم يتم غرضه في إيصال ثمرات العتق إلى العبد، فوجب عليه الضمان تتميماً لغرضه، فيختص وجوبه بحالة اليسار، وَمِنْ مشايخنا مَنْ سلك طريقةً أخرى لأبي حنيفة في ضمان العتق، فقال هذا ضمان إفساد عنده، لأن المعتق بإعتاقه نصيبه أفسد نصيب شريكه؛ حيث أخرجه مِنْ أنْ يَكُونَ منتفعاً به في حَقِّهِ حتى لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك عَقِيبَ فعله، وَإنما يملك الإعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عَقِيبَ وصف مؤثرٍ يضاف إليه، إلا أنه لا يجب على المعسر نصّاً بخلاف القياس.

وَمِنْهُمْ مَنْ قال هو ضمان تملك؛ لأنه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكاً له، حتى كان له أن يعتق نصيبه مجاناً بغير عوضٍ، وإنْ شَاءَ استسعى العبد، وهذا تفسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض، وهذا كذلك؛ ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك، وضمان التملك لا يستدعي وجود الإتلاف كضمان الغصب.

فإن قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك؟ قيل يحتمل النقل إلى ملك المعتق بالضمان، إن كان لا يحتمل النقل إلى ملك غيره، ويجوزُ بيعُهُ منه أيضاً في القياس، هكذا ذكر في الأصل، وقال إن باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذه منه، وهذا واختياره الضمان سَوَاءٌ في القياس، غير أن هذا أفحشهما، والبيع وهو نقل الملك بعوض، إلاَّ أن في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق؛ كما لا يجوز من غيره، لكن هذا لا ينفي جواز النقل لا على وجه البيع، فإن الشيءَ قَدْ يَحْتَمِلُ النقل إلى إنسان بالضمان، وإن كان لا يحتمله بجهة البيع، فإن الخمر تنتقل إلى المسلم بالضمان بأنْ أتلف على ذميٍّ خَمْرَهُ.

وَإن كانت لا تنتقل إليه بالبيع على أنَّ قبولَ المحل لانتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان؛ لأنه لا يملكه من ذلك الوقت، فيراعى قبول المحل في ذلك الوقت.

ألا ترى أنَّ مَنْ غصب من آخر عبداً فَهَلَكَ في يده، ثم أدى الضمان أنه يملكه، ومعلوم أن الهالك لا يقبل الملك، لكن لما كان قابلاً وقت انعقاد السبب، والملك يثبت من ذلك الوقت، يعتبر قبول المحل فيه؛ وكذا هٰهنا، ثم إذا ضمن الذي أعتق، فالمعتق بالخيار، إن شاء أعتق ما بقي، وإن شاء دَبَّرَ، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى لما ذكرنا في الشريك الذي لم يعتق، لأن نصيبه انتقل إليه فقام مقامه، وبأيِّ وجهٍ عتق من الإعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له؛ لأنه عتق كله على ملكه، هذا إذا كان المعتق موسراً، فأما إنْ كان/ معسراً، فللشريك أربع خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء دَبَّرَ، وإن شاء كاتب، ٢/ ١٧٥ب وَإنْ شَاءَ استسعى؛ لما ذكرنا.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد: فيعتق كله؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فكان إعتاق بعضه إعتاقاً لكله، ولا خيار للشريك عندهما، وَإنما له الضمان لا غير إن كان المعتق موسراً، وَإنْ كَانَ معسراً، فَلَهُ السعاية لا غير؛ لما ذكرنا أن المعتق صار متلفاً نصيب الشريك، فكان ينبغي أن يكون الواجب هو الضمان في حالة اليسار والإعسار، إلاَّ أن وجوب السعاية حال الإعسار ثبت بخلاف القياس بالنص.

وأما على قول الشافعي إن كان المعتق موسراً عُتق كله، وللشريك أن يضمنه لا غير كما قالا، وإن كان معسراً يعتق ما أعتق، ويبقي الباقي محلاً لجميع التصرفات المزيلة للملك؛ من البيعِ والهبةِ؛ وغير ذلك؛ لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ في حالة اليسار، وفي حالة الإعسار يتجزأ لما ذكرنا من الدلائل لأبي حنيفة، فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما

كان، من مشايخنا من قال: لا خلاف بين أصحابنا في أن العتق لا يتجزأ، وَإنما اختلفوا في الإعتاق، وهذا غير سديدٍ؛ لأن الإعتاق لما كان متجزئاً عند أبي حنيفة، كان العتق متجزئاً ضرورةً؛ إذ هو حكم الإعتاق، والحُكْمُ يثبت على وفقِ العلة؛ ولما لم يكن متجزئاً عندهما لم يكن الإعتاق متجزئاً أيضاً لما قلنا، ولأن القول بهذا قول بتخصيص العلة؛ لأنه يوجد الإعتاق في النصف ويتأخر العتق فيه إلى وقت الضمان أو السعاية، وأنه قول بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطلٌ.

ولنا أنَّ العتق وَإنْ ثَبَتَ في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه، لكن في الإعتاق حق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ وحتى العبد بالإجماع، وإنما اختلفوا في الرجحان، فالقول بالتمليك إبطال الحقين، وهذا لا يجوز؛ وكذا فيه إضرار بالمعتق بإهدار تصرفه من حيث الثمرة للحال، وإضرارٌ بالعبد من حيث إلحاق الذل به في استعمال النصف الحر، والضَّرَرُ منفيٌّ شرعاً.

فإن قيل: إنْ كَانَ في التمليكِ إضرار بالمعتق [والمعتق][1]، ففي المنع من التمليك إضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من التصرف في ملكه، فوقع التعارض؛ فالجواب أنا لا نمنعه من التمليك أصلاً ورأساً، فإن له أن يضمن المعتق ويستسعي العبد ويكاتبه، وفي التضمين تمليكه من المعتق بالضمان، وفي الاستسعاء والمكاتبة إزالة الملك إلى عوض وهو السعاية وبدل الكتابة، فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان أولى، فإن اختار التدبير فدبر نصيبه، صار نصيبه مدبراً عند أبي حنيفة؛ لأن نصيبه باق على ملكه فيحتمل التخريج إلى العتق والتدبير تخريج إلى العتق، إلاَّ أنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت، بل يجب عليه السعاية للحال فيؤدي فيعتق، لأن تدبيره اختيار منه السعاية، وله أن يعتق، لأن المدبر قابل للإعتاق، وليس له أن يضمن المعتق؛ لأن التضمين يقتضي تملك المضمون، والمدبر لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك، لأن تدبيره اختيار منه للسعاية واختيارُ السعاية يسقط ولاية التضمين؛ على ما نذكر إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وإن اختار الكتابة فكاتب نصيبه يصير نصيبه مكاتباً عند أبي حنيفة لما ذكرنا، وكانت مكاتبته اختياراً منه للسعاية، حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك، ولأن ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضاً، فتعذر التضمين ويملك إعتاقه؛ لأنَّ الكتابة لا تمنع من الإعتاق، ثم معتق البعض إذا كوتب فالأمر لا يخلو إما إن كاتبه على الدرهم والدنانير، وَإما أن كاتبه على العروض، وإما أن كاتبه على الحيوان، فإن كاتبه على الدراهم والدنانير، فإن كانت

---

(١) سقط من ط.

المكاتبة على قدر قيمته، جازت؛ لأنه قد ثبت له اختيار السعاية، فإذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها، وَإِنْ كَاتَبَهُ على أقل من قيمته يجوز أيضاً؛ لأنه رضي بإسقاط بعض حَقِّه، وله أن يرضى بإسقاط الكل، فهذا أولى.

وَإِنْ كاتبه على أكثر من قيمته، فإن كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها جازت أيضاً؛ لأنها ليست زيادة متحققة؛ لدخولها تحت تقويم أحد المقومين، وإن كانت مما لا يتغابن الناس في مثلها، يطرح عنه الفصل؛ لأن مكاتبته اختيار للسعاية، والسعاية من جنس الدراهم والدنانير، فلا يجوز أخذ الزيادة على القدر المستحق؛ لأنه يكون رباً.

وإن كانت المكاتبة على العروض جازت بالقليل والكثير؛ لأن الثابت له هو السعاية ـ من جنس الدراهم والدنانير؛ [لأن بيع الدراهم والدنانير][1] بالعروض جائز/ قلّت العروض أو ٢/١٧٦أ كثرت، وإن كانت على الحيوان جازت؛ لأن الحيوان يثبت ديناً في الذمة؛ عوضاً عَمَّا لَيْسَ بمالٍ، ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان، ويجب الوسط؛ كذا هذا.

ولو صالح الذي لم يعتق العبد أو المعتق على مالٍ، فهذا لا يخلو عن الأقسام التي ذكرناها في المكاتبة، فإن كان الصلح على الدراهم والدنانير على نصف قيمته، لا شك أنه جائز؛ وكذا إذا كَانَ عَلَىٰ أقل من نصف قيمته؛ لأنه يستحق نصف القيمة، فإذا رضي بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز؛ وكذا إن كان على أكثر من نصف قيمته مما يتغابن الناس في مثله لما قلنا.

فأما إذا كان على أكثر من نصف قيمته ممَّا لا يتغابن الناس في مثله، فالفضل باطلٌ في قولهم جميعاً، أمَّا عَلَىٰ أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأن نصف القيمة قد وجب على العبد أو على المعتق، والقيمة[2] من الدراهم والدنانير، فالزيادة على القدر المستحق تكون فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة، فيكون رباً؛ كمن كان له على آخر ألف درهم، فصالحه على ألف وخمسمائة أن الصلح يكون باطلاً؛ كذا هذا، وهذا على أصلهما مطرد؛ لأن عندهما أنَّ مَنْ أَتْلَفَ على آخر مَا لاَ مَثْلَ لَهُ، أو غصب منه ما لاَ مِثْلَ له، فهلك في يده، فالثابت في ذمته القيمة، حتى لو صالح على أكثر من قيمته لا يجوز عندهما، فكذا ضمان العتق؛ لأنه ضمان إتلاف عندهما.

وأما عند أبي حنيفة، فالصلح عن المتلف أو المغصوب على أضعاف قيمته جائز، وهٰهنا نقول لا يجوز فتحتاج إلى الفرق بين المسألتين، والفرق له من وجوهٍ:

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: في التضمين.

أحدها: أنَّ الوَاجِبَ بالإتلافِ والغصب فيما لا مثل له من جنسه في ذمة المتلف، والغاصب هو المتلف لا قيمته، فإذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب، كان ذلك عوضاً عن المتلف فجاز، وضمان العتق ليس بضمان إتلاف ولا ضمان غصبٍ عنده؛ لثبوت المتلف والمغصوب في الذمة، فكان الثابت في الذمة هو القيمة، وهي دراهم ودنانير، فلا يجوز الصلح على أكثر منها.

والثاني: أن الغاصب إنما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله، بدليل أن له أنْ يضمنه [أصلاً][1] ليهلك على ملكه، فَيُتَابُ على ذلك ويُخَاصَمُ الغاصب يوم القيامة، فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه، فكان هذا صلحاً عن العبد على هذا القدر من المالين، فكأنه ملكه منه به، وأنه محتمل للملك، فصح، ومعتق البعض لا يحتمل التمليك مقصوداً، فكان الصلح عن قيمته، فلا يجوز لما بينا.

والثالث: أنَّ الضَّمَانَ في باب الغصب يجب وقت الغصب؛ لأنه هو السبب الموجب للضمان، فيثبت الملك إلى الغاصب في المغصوب في ذلك الوقت، وأنه في ذلك الوقت قابل للتمليك، فيصح الصلح على القليل والكثير، والضمان في باب العتق يجب وقت الإعتاق، والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصوداً، فالصلحُ لا يَقَعُ عن العبد، وإنما يَقَعُ عن قيمته، فلا تجوز الزيادة من قيمته، وإن كان الصلح عن عوض جاز بالقليل والكثير؛ لأن ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير؛ وذلك جائز كيفما كان.

وإن صالحه على شيء من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما، فإن صالح العبد جاز وعليه الوسط، وإن صالح المعتق لم يجز؛ لأن في الفصل الأول جعل الحيوان بدلاً عن العتق، وأنه ليس بمالٍ، والحيوان يثبت دَيْناً في الذمة بدلاً عما ليس بمال كالإعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد، ولأنَّ الصُّلْحَ مع العبد في معنى مكاتبته، وإن كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح، ويجب الوسط؛ كذا هذا، وأما في الفصل الثاني، فإنما جعل الحيوان بدلاً عن القيمة، وإنها مالٌ والحيوان لا يثبت دَيْناً في الذمة بدلاً عن المال كالبيع ونحوه.

ولو كَانَ شريك المعتق في العبد صبياً أو مجنوناً له أب أو جد أو وصي، فوليه أو وصيه بالخيار إن شاء ضمن المعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء كاتبه، وليس لَهُ أنْ يعتق أو يدبر؛ لأن التدبير إعتاق، والصبي والمجنون لا يملكان الإعتاق، فلا يملكه من يلي عليهما، وإنما ملك الأب والوصي الاستسعاء والتضمين؛ لأن الاستسعاء مكاتبة والأب والوصي يملكان

(١) سقط من ط.

مكاتبة عبد الصبي والمجنون، والتضمين فيه نقل الملك إلى المعتق، فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبي والمجنون؛ وكذلك لو كان الشريك مكاتباً أو مأذوناً عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة، إلا أنَّهُما لا يملكان الإعتاق لانعدام ملك الرقبة.

أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه؛ لأنَّهُ أخص بالتصرف فيما في يده من المولى، وأما المأذون الذي عليه دين فكذلك؛ لأن/ المولى لا يملك ما في يده على أصل أبي حنيفة، ٢/ ١٧٦ب فيكون الخيار للعبد، وعلى أصلهما إن كان يملك؛ لكن العبد أخص بالتصرف فيما في يده من المولى، فإن لم يكن عليه عين فالخيار للمولى، كما في الحرية؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فهو وما في يده ملك للمولى، فكان الخيار للمولى، فإن اختار الشريك السعاية، ففي الصبي والمجنون الولاء لهما؛ لأنهما من أهل الولاء؛ لكونهما حُرَّيْنِ، وفي المكاتب والمأذون الولاء للمولى؛ لكونهما رقيقين، والولاء لا يثبت إلا للحر وإن لم يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصي، فإن كان هناك حاكم نصب الحاكم مَنْ يختار لهما أصلح الأمور من التضمين والاستسعاء والمكاتبة، وإن لم يكن هناك حاكم وقف الأمر حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس.

ثم إذا اختلف حكم اليسار والإعسار في الضمان لا بد من معرفتهما، فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقي من العبد قلت أو كثرت، والإعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها، حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه، وإلاَّ فلا.

إلى هذا وقعت الإشارة فيما روينا من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مَنْ كَانَ لَهُ شِقْصٌ فِي مَمْلُوكٍ فَأَعْتَقَهُ، فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ مِنْ مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، وإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ، اسْتَسْعَىٰ العَبْد فِي رَقَبَتِهِ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ**»، اعتبر مطلق المال لا النصاب وأشار النبي ﷺ إلى أن الواجب تخليص العبد، وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل، ثم يسار المعتق وإعساره يعتبر وقت الإعتاق، حتى لو كان معسراً وقت الإعتاق، لا يضمن وإن أيسر بعد ذلك؛ لأن ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الإتلاف والغصب.

وَلو اختلفا في اليسار والإعسار فإن كان اختلافهما حال الإعتاق، فالقول قول المعتق، لأن الأصل هو الفقر والغنا عارضٌ، فكان الظاهر شاهداً للمعتق والبينة بينة الآخر، لأنها تثبت زيادة.

وإن كان الإعتاق متقدماً واختلفا، فقال المعتقُ: أعتقت عام الأول وأنا معسرٌ ثم أيسرتُ، فيعتبر ذاك الوقت، وقال الآخر: بل أعتقته عام الأول وأنت موسرٌ، فالقول قول

المعتق، وعلى الشريك إقامة البينة؛ لأن حالة اعتبار اليسار والإعسار شاهد للمعتق، فيحكم الحال؛ كما إذا اختلف صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء وجريانه، أنه يحكم الحال؛ كذا هٰهنا.

وقد قال أبو يوسف في عَبْدَيْنِ بين رجلين قال أحدهما: أَحَدُكُمَا حُرٌّ وهو فقير، ثم استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما، ضمن نصف قيمته يوم العتق؛ وكذلك لو كان مات قبل أن يختار وقد استغنى قبل موته، ضمن ربع قيمة كل واحد منهما، إنما أنظر إلى حاله يوم أوقع بمنزلة مَنْ كاتب نصيبه من العبد ثم أدى العبد فيعتق.

ثم إنما أنظر إلى حال مولاه يوم عتق المكاتب، ولا أنظر إلى حاله يوم كاتب، وهذا على أصله صحيحٌ؛ لأن إضافة العتق إلى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار؛ كأنَّهُ علقه به نصاً، فيعتبر حاله يوم الاختيار، لأنه يوم العتق كما لو قال لعبدٍ مشترك بينه وبين غيره: إن دخلت الدار فأنت حُرٌّ، فدخل أنه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار، لا يوم اليمين، لأن يوم الدخول هو يوم العتق.

وأما على أصل محمد فإضافة العتق إلى المجهول تنجيزٌ، وإنما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق، فيعتبر صفة العتق في يساره وإعساره يوم التكلم بالعتق، وكذا يعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الإعتاق، حتى لو علمت[1] قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت، أو كانت[2] أمة فولدت لم يلتفت إلى ذلك، ويضمنه قيمته يوم أعتقه؛ لأنه يوم وجوب الضمان، فيعتبر قيمته يومئذٍ؛ كما في الغصب والإتلاف، وإن لم يعلما ذلك واختلفا، فجملة الكلام فيه أن العبد لا يخلو إما أن يكون قائماً وقت الخصومة، وإما أن يكون هالكاً، اتفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها، والأصل في هذه الجملة أنَّ الحال إنْ كانت تشهد لأحدهما، فالقولُ قولهُ؛ لأن الحال شاهد صادق أصله مسألة الطاحونة، وإن كانت لا تشهد لأحدهما، فالقولُ قولُ المعتق؛ لأنه منكرٌ، فإن كان العبد قائماً وقت الخصومة، واتفقا على العتق في الحال، واختلفا في قيمته بأن قال المعتق: قد أعتقته اليوم وقيمته كذا، وقال شريكه: نعم أعتقته اليوم إلاَّ أن قيمته أكثر من ذلك، يرجع إلى قيمته للحال ولا يعتبر للتحالف والبينة/ لأن الحال أَصْدَقُ. ٢/١٧٧أ

وكذا لو اختلفا في حال العتق، فقال المعتق: أعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا، وقال الآخر: أعتقته اليوم وقيمته أكثر، أو قال المعتق: أعتقته اليوم وقيمته كذا، وقال الآخر: بل أَعْتَقْتَهُ قبل ذلك وقيمته كانت أكثر، رجع إلى قيمته في الحال؛ لأن الحال إذا شَهدت

---

(١) في أ: غلت.
(٢) في ط: كاتب.

لأحدهما، فالظاهر أنَّ قيمته كانت كذلك وقت الإعتاق؛ إذ الأصل دوام الحال، والتغير خلاف الأصل، فكان الظاهر شاهداً له، فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان في انقطاع الماء وجريانه؛ أنه يحكم الحال فيه؛ كذا هذا.

وإن اتفقا على أن العتق كان متقدماً على زمان الخصومة، لكن قال المعتق: قيمته كانت كذا، وقال الشريك: بل كانت أكثر، فهٰهنا لا يُمْكِن تحكيم الحال بالرجوع إلى قيمة العبد في الحال؛ لأنها تزيد وتنقص في المدة، ويكون القول قول المعتق؛ لأن الشريك يدَّعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر، فكان القول قوله؛ كالمتلف والغاصب، وقالوا في الشفعة إذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشتري في قيمته وقيمة الأرض، أن المرجع إلى قيمة الأرض في الحال، والقولُ قولُ المشتري في البناء؛ لأن الشفيع يريد أن يتملك عليه الأرض بالشفعة، فلا يجوز أن يتملكها إلاَّ بقوله، فأما المعتق فلا يريد أن يتملك على شريكه، وإنما شريكه يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر.

وكذلك إذا كان العبد هالكاً، فالقولُ قولُ المعتق؛ لما قلنا إنه منكر للزيادة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فَإِنْ هَلَكَ العبد قبل أنْ يختار الشريك الذي لم يعتق شيئاً، هل لَهُ أنْ يضمن المعتق إذا كان موسراً، اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة، روى محمد عنه وهو رواية الحسن وإحدى روايتي أبي يوسف: أن له أن يضمن المعتق، وروى أبو يوسف روايةً أخرى عنه: أنه لا ضمان على المعتق.

وجه هذه الرواية: أن تضمين المعتق ثبت نصّاً بخلافِ القياس؛ لما بينا فيما تقدم أنَّ الشَّرِيكَ بالإعتاق تصرف في نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه؛ لبقاء نصيب الشريك على ملكه ويده بعد الإعتاق، إلاَّ أنَّ ولاية التضمين ثبتت شرعاً بشريطة نقل ملك المضمون إلى الضمان، فإذا هلك لم يبقى الملك، فَلاَ يتصور نقله، فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس.

وجه رواية محمد أن ولاية التضمين قد ثبتت بالإعتاق، فلا تبطل بموت العبد؛ كما إذا مات العبد المغصوب في يد الغاصب، وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل، فنقول الضمان يستند إلى وقت الإعتاق، فيستند ملك المضمون إلى ذلك الوقت كما في «باب الغصب»، وهو في ذلك الوقت كان محتملاً للنقل، فأمكن إيجاب الضمان، وإذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه في تركة العبد، إن كان له تركة، وإن لم يكن فهو دَيْنٌ عليه؛ لما ذكرنا من أصل أبي حنيفة أن نصيب الشريك يبقى على ملكه، وله أن يضمن المعتق إن كان موسراً، وإذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الإعتاق، وكان له أن يرجع بذلك في تركة العبد؛ كما كان له أن يأخذ منه لو كان حَيّاً، وإن كان معسراً، فله أنْ يَرْجِعَ في تركة العبد، وإنْ لم يترك شيئاً فلا شيء للشريك؛ لأنَّ حقه عليه وهو قد مات مفلساً.

هذا إذا مات العبد، وأما إذا مات أحد الشريكين، فإن مات المعتق فلا يخلو إما أن يكون الإعتاق منه في حال صحته، وَإما أنْ يَكُونَ في حال مرضه، فَإن كان في حال صحته يُؤخَذُ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلافٍ، وَإن كان في حال مرضه، لم يضمن شيئاً حَتَّىٰ لا يؤخذ من تركته، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يستوفي الشريك مِنْ ماله قيمة نصيبه؛ وهذا مبنيٌّ على الأصل الذي ذكرنا أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، وعنده يتجزأ.

ووجه البناء على هذا الأصل: أن الإعتاق لما لم يكن متجزئاً عندهما، كَانَ ضمان العتق ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف لا يختلف بالصحة والمرض، ولما كان متجزئاً عنده كان المعتق متصرفاً في ملك نفسه على طريق الاقتصار، ومثل هذا لا يوجب الضمان في أصول الشرع، ولهذا لوكان معسراً لا يجب الضمان، وَلَوْ كَانَ إعتاقه إتلافاً أو إفساداً لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان؛ لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار، إلاَّ أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص، وأنه ورد في حال اليسار المطلق، وذلك في حالة الصحة؛ لأنها حال خلوص أمواله، وفي مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح إقراره للورثة أصلاً، ولا يصح تبرعه على الأجنبي إلا من الثلث، ولا تصح كفالته ولا إعتاقه إلا من الثلث، فَلَمْ يَكُنْ حَالَ المرض حَالَ يسارٍ مطلق ولا ملك مطلق، فبقي الأمر فيها على أصل القياس، ولأن ضمان العتق ضمان صلة وتبرع؛ لوجوبه من غير صنع من جهةِ المعتق في نصيب الشريك.

ألاَ ترى أنه لا يجب على المعسر، والصلات إذا لم تَكُنْ مقبوضةً تسقط بالموت؛ كنفقة الأقارب والزكاة وغير ذلك.

وإلى هذا أشار محمد لأبي حنيفة: أنه لو وجب الضمان على المريض ويؤخذ من تركته، يكون هذا من مال/ الوارث، والمعنى فيه أن الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض موته والثلثين للورثة. ١٧٧/٢ب

قال النبي ﷺ: «**إِنَّ اللَّهَ ـ تَعَالَىٰ ـ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً عَلَىٰ أَعْمَالِكُمْ**»[1] وهكذا نقول في حالة الصحة أنه يجب صلة، ثم قد ينقلب معاوضة في حالة

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٠٤) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث حديث (٢٧٠٩) والبيهقي (٦/ ٢٦٩) كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١/ ٣٤٩) كلهم من طريق طلحة بن عمرو المكي عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالك.
والحديث ذكره الحافظ في «التلخيص» (٣/ ٩١) وعزاه أيضاً للبزار.

=

البقاء، فإنه يثبت به الملك في المضمون في حق الإعتاق والاستسعاء؛ كالهبة بشرط العوض

= وقال البزار: لا نعلم رواه عن عطاء إلا طلحة بن عمرو وهو وإن روى عنه جماعة فليس بالقوي.
قال البوصيري في الزوائد (٢/ ٣٦٦): هذا إسناد ضعيف طلحة بن عمرو الحضرمي المكي ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والبخاري وأبو داود والنسائي والبزار والعجلي والدارقطني وأبو أحمد الحاكم وغيرهم ا هـ.
وفي الباب عن أبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي بكر الصديق وخالد بن عبيد.
- حديث أبي الدرداء
أخرجه أحمد (٦/ ٤٤١) والبزار (٢/ ١٣٩ - كشف) رقم (١٣٨٢) وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ١٠٤) كلهم من طريق أبي بكر بن أبي مريم عن ضمرة بن حبيب عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم».
قال البزار: وقد روي هذا الحديث من غير وجه وأعلى من رواه أبو الدرداء ولا نعلم له عنه طريقاً غير هذه الطريق وأبو بكر بن أبي مريم وضمرة معروفان وقد احتمل حديثهما ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١٥) وقال: رواه أحمد والبزار والطبراني وفيه أبو بكر بن أبي مريم وقد اختلط.
- حديث معاذ
أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢١٥) والدارقطني (٤/ ١٥٠) كتاب الوصايا حديث (٣) كلاهما من طريق إسماعيل بن عياش ثنا عتبة بن حميد الضبي عن القاسم أبي عبد الرحمٰن عن أبي أمامة عن معاذ بن جبل أن النبي ﷺ قال: إن الله عز وجل تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم.
والحديث ضعفه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٩١) فقال: وفيه إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد وهما ضعيفان ا هـ.
أما عتبة بن حميد فمختلف فيه فقد وثقه ابن حبان وقال أبو حاتم: صالح الحديث.
وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢١٥): رواه الطبراني وفيه عقبة بن حميد الضبي كذا في المجمع والصواب عتبة وثقه ابن حبان وغيره وضعفه أحمد اهـ. أما إسماعيل بن عياش فهو ليس بضعيف مطلقاً بل في روايته عن غير أهل بلده وشيخه في هذا الحديث ليس من أهل بلده.
وهذا الحديث قد رواه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١/ ٢٠٠) رقم (١٠٩٦٤) ثنا عبد الأعلى عن برد عن مكحول عن معاذ بن جبل موقوفاً عليه.
حديث أبي بكر الصديق
أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢/ ٣٨٦) والعقيلي في «الضعفاء» (١/ ٢٧٥) من طريق حفص بن عمر بن ميمون الأبلي قال: حدثنا ثور عن مكحول عن الصنابحي أنه سمع أبا بكر الصديق يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم رحمة لكم وزيادة في أعمالكم وحسناتكم.
وأسند ابن عدي عن النسائي قوله: ليس بثقة.
وقال ابن عدي: عامة أحاديثه غير محفوظة وأخاف أن يكون ضعيفاً كما ذكره النسائي.
وفي «نصب الراية» (٤/ ٤٠٠) وقال العقيلي: يحدث بالأباطيل ا هـ. =

أنها تنعقد صلة، ثم تنقلب معاوضة؛ وكذا الكفالة تنعقد تبرعاً حتى لا تصح إلا ممن هو أهل التبرع، ثم تنقلب معاوضة، وَإنما انقلبت معاوضة لأنه يوجب الملك في رقبة العبد[١] مجازاة لصلته أو تحملاً عن العبد؛ لأن الضمان عليه في الحقيقة لحصول النفع له، ثم له حق الرجوع في مالية العبد بالسعاية؛ كما في الكفالة أن الكفيل يكون متبرعاً في التحمل عن المكفول عنه، ثم إذا صح تحمله وملك ما في ذمته بالأداء إلى المكفول له، انقلبت معاوضة.

ألاَ تَرَىٰ أنَّ مَنْ قَالَ في حال الصحة: ما كان لك على فلان فهو عَلَيَّ، ثم كان له على فلان في مرضه، فأخذ ذلك من المريض، فإنه يعتبر من جميع المال لا من الثلث، ويؤخذ من تركته، ولو وجد ابتداء الكفالة في المرض يكون المؤدي معتبراً من الثلث، فدل على التفرقة بين الفصلين.

وَإن مات الشريك الذي لم يعتق، ثبت الخيار لورثته، فَإن اجتمعوا على شيء مِنَ الإعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك، فلهم ذلك بلا خلافٍ؛ لأنهم يخلفون الميت ويقومون مقامه، وكان للمورث ذاك قبل موته؛ فكذا لهم، وَإن انفردوا فأراد بعضهم الإعتاق وبعضهم التضمين [وبعضهم السعاية][٢] ذكر في الأصل أن لهم ذلك، وقال الحسن بن زياد أنه ليس لهم ذلك إلا أن يعتقوا أو يستسعوا أو يضمنوا، والظاهر أنه رواية عن أبي حنيفة، لأن الإعتاق عند الحسن لا يتجزأ؛ كما لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد، فلا يصح هذا التفريع على مذهبه، وجه ما ذكر في الأصل أن نصيب الشريك قد بقي على ملكه عند أبي حنيفة لتجزيء الإعتاق عنده، وقد انتقل نصيبه إلى الورثة بموته، فَصَارُوا كالشركاء في الأصلِ في العبد أعتق أحدهم نصيبه أن للباقين أن يختار كُلُّ واحد منهم ما يشاء؛ كذا هذا.

= وقد أورد له العقيلي أحاديث ثم قال عقبها: هذه كلها بواطيل لا يتابع عليها وحفص بن عمر هذا يحدث عن شعبة ومالك بن مغول والأئمة بالبواطيل.

حديث خالد بن عبيد

أخرجه الطبراني في «الكبير» كما في «نصب الراية» (٤/ ٤٠٠) قال: حدثنا أحمد بن عبد الوهاب بن نجدة الحوطي ثنا أبي ثنا إسماعيل بن عياش عن عقيل بن مدرك عن الحارث بن خالد بن عبيد السلمي عن أبيه خالد بن عبيد السلمي أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة من أعمالكم».

والحارث بن خالد بن عبيد مجهول

وفيه رد على الحافظ الهيثمي إذ قال في «المجمع» (٤/ ٢١٥): رواه الطبراني وإسناده حسن ا هـ

والحديث ذكره ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٤٠) وقال: رواه ابن ماجه والبيهقي من رواية أبي هريرة والدارقطني من رواية معاذ بن جبل وأحمد من رواية أبي الدرداء وابن قانع من رواية خالد بن عبد الله السلمي والعقيلي من رواية أبي بكر وأسانيده كلها ضعيفة.

(١) في ط: الغير.

(٢) سقط من ط.

وجه رواية الحسن أن الورثة انتقل إليهم ما كان للميت، وما كان له أن يختار الضمان في البعض، والسعايةُ في البعض؛ فكذا لهم؛ ولأن المستسعي بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة، وَمَنْ كاتب عبده ثم مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الإعتاق، وبعضهم التضمين، وبعضهم الاستسعاء، بل ليس لهم إلاَّ أنْ يجتمعوا على شيءٍ واحد؛ إما العتق وإما الضمان؛ كذا هذا.

ثم على رواية الحسن لو أعتق بعضهم كان إعتاقه باطلاً ما لم يجتمعوا على الإعتاق؛ لأن المستسعي كالمكاتب على أصل أبي حنيفة، ولو مات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب، كان إعتاقه باطلاً ما لم يجتمعوا عليه؛ كذا هذا.

فإذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف، والولاء يكون للميت حتى ينتقل إلى الذكور من ورثته دون الإناث، وهو فائدة كونه للميت؛ لأن من أصل أبي حنيفة أن المعتق بعضه في معنى المكاتب، والمكاتب لا ينتقل فيه بالإرث، فكان ولاؤه للميت؛ كذا هذا.

وإذا كان المعتق موسراً يوم أعتقه، فاختار الشريك تضمينه، ثم أراد أن يرجع عن ذلك ويختار السعاية، ذكر في الأصل أنه ليس له ذلك، ولم يفصل بين ما إذا رضي المعتق بالضمان، أو حكم به الحاكم، أو لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم، وروى ابن سماعة عن محمدٍ أن له ذلك ما لم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم، فإن قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك، من المشايخ من لم يجعل في المسألة اختلاف الرواية، وجعل ما ذكره ابن سماعة عن محمد من التفصيل تفسيراً لما ذكره في ظاهر الرواية، وإليه ذهب الجصاص، وقال: أراد بما ذكر في الكتاب إذا قضى به القاضي أو رضي به الشريك.

وحكي عن الكرخي والجصاص أنهما جَعَلاَ مسألة الغاصب وغاصب الغاصب على هذا؛ أنه إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم بدا له واختار تضمين الآخر، فله ذلك إلاَّ أنْ يَرْضَىٰ به المضمن أو يقضي به القاضي، ومنهم من جعل في المسألة روايتين.

وجه ما ذكر في الأصل أن له خيار التضمين وخيار السعاية، والمخير بين شيئين إذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، فكان اختيارُه التضمين إبراءً للعبد عن السعاية، ولهذا لو اختار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان، وكان نفس اختيار السعاية إبراء له عن الضمان من غير قضاء ولا رضاً؛ كذا إذا اختار الضمان.

وجه رواية/ ابن سماعة: أنَّ اختيار الشريكين تضمين المعتق إيجاب الملك له في المضمون بعوض، وهو الضمان وذلك لا يتم إلاَّ بالرضا أو بالقضاء، فما لم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار، وكان له الرجوع عنه إلى السعاية، بخلافِ ما إذا اختار الشريك السعاية أنه لا ٢/١٧٨أ

يكون له خيار التضمين بعد ذلك؛ رضي بذلك العبد أو لم يرض؛ لأن اختيار السعاية على العبد ليس فيه إيجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف عليه، فإن أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شيء.

أما على أصل أبي حنيفة فظاهرٌ؛ لأن العتق [عنده][1] يتجزأ فيقتصر العتق على نصيب المعتق، فإذا صادف ملك غيره لم ينفذ.

وأما على أصلهما فالعتق وإن كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت العتق في نصيبه، ثم يسري إلى نصيب شريكه، فإذا أضاف الإعتاق إلى نصيب شريكه لم يثبت العتق في نصيب نفسه، فلا يتعدى إلى نصيب الشريك، وإن كان المعتق جاريةً حاملاً لا يضمن المعتق من قيمة الولد شيئاً؛ لأن الحمل بمنزلة طرف من أطرافها، والأطراف بمنزلة الأوصاف، والأوصاف لا تفرد بالضمان إلاَّ بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصوداً، ولأن الحمل في الآدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان؛ وكذلك كل حمل يعتق أمه إذا كان المعتق مالكهما كما في الرهن، وإن لم يكن مالكاً للولد كما في الجارية الموصي برقبتها لرجلٍ وبحملها لآخر، فأعتق صاحب الرقبة الأم يعتق الحمل ويضمن قيمته لصاحبه؛ لأن الولد انفرد عن الأم في الملك فجاز أن ينفرد بالضمان.

وإن كان العبد بين جماعة، فأعتق أحدهما نصيبه، فاختار بعض الشركاء الضمان، وبعضُهم السعاية، وبعضُهم العتق، فذلك لهم ولكلِّ واحدٍ منهم ما اختار في قول أبي حنيفة؛ لأن إعتاق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات، ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر، فكان لكل واحد منهم ما اختار.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة في عبدٍ بين ثلاثة: أعتق أحدُهم نصيبه، ثم أعتق الآخر بعده، فللثالث أن يضمن المعتق الأول إن كان موسراً، وإن شاء أعتق، أو دَبَّرَ، أو كاتب، أو استسعى؛ لأن نصيبه بقي على ملكه فثبت له الخيارات للتخريج إلى الإعتاق، وليس له أن يضمن المعتق الثاني وإن كان موسراً؛ لأن تضمين الأول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا أنه لا صنع للمعتق في نصيب الشريك بإتلاف نصيبه، وإنما عرفناه بالنص نظراً للشريك، وأنه يحصل بتضمين الأول؛ ولأن ضمان العتق ضمان معاوضة في الأصل؛ فإذا أعتق الأول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون إليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء، والولاء لا يلحقه الفسخ، فلا يملك نقل حق التضمين إلى غيره، فإن اختار تضمين الأول، فالأولى أن يعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى؛ لأنه قام مقام المضمن،

---

(١) سقط من ط.

وليس له أن يضمن المعتق الثاني؛ لأن الأول لم يكن له أن يضمنه؛ فكذا من قام مقامه.

وأما على أصلهما: فلما أعتق الأول أعتق جميع العبد، فلم يصح إعتاق الثاني، وليس للثاني والثالث إلاَّ التضمين إن كان المعتق موسراً، والسعاية إن كان معسراً، وعلى هذا من كان له عبد فأعتق نصفه فعلى قول أبي حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقاً يجب تخريجه إلى العتاق، فإن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى، وإذا أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله، وليس له أن يتركه على حاله.

وعلى قولهما يعتق كله، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً من غير سعاية، وكذا إذا أعتق جزءاً من عبده أو شِقْصاً منه يمضي منه ما شاء ويبقى الباقي رقيقاً يخرج إلى العتاق بالخيارات التي وصفنا في قول أبي حنيفة؛ لأن الإعتاق عنده متجزىء إلا أن هٰهنا أضاف العتق إلى مجهول، فيرجع في البيان إليه؛ كما لو قال: أَحَدُ عبيدي حُرٌّ، وقيل: ينبغي في قياس قول أبي حنيفة في السهم أن يعتق منه سدسه؛ لأن السهم عبارة عن السدس في عرف الشرع؛ لما روي عن ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أن رجلاً أوصى في زمن النبي ﷺ بسهمٍ من ماله لرجل فأعطاه النبي ﷺ سُدُسَ مَالِهِ[1].

وعن جماعة من أهل اللسان أن السهم عبارة عن السدس في اللغة، وعندهما يعتق كله لأن العتق لا يتجزأ.

عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبراً، ثم كان المدبر موسراً فللشريك ست خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإنْ شاء كاتب، وإن شاء ضمن، وإن شاء استسعى،

(١) أخرجه البزار كما في «المجمع» (٤/ ٢١٦) والطبراني في «الأوسط» كما في «نصب الراية» (٤/ ٤٠٧) من طريق محمد بن عبيد الله العرزمي عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن ابن مسعود به.
وقال البزار: هذا حديث لا نعلمه يروى عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه وأبو قيس ليس بالقوي وقد روى عنه شعبة والثوري والأعمش وغيرهم ا هـ.
وقال الطبراني: لم يروه عن أبي قيس إلا العرزمي ولا يروى عن النبي ﷺ متصلاً إلا بهذا الإسناد ا هـ.
وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٤٠٨).
وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة البزار، وقال العرزمي: متروك، وأبو قيس له أحاديث يخالف فيها، واسم أبي قيس عبد الرحمٰن بن ثروان، انتهى. وروى الإمام قاسم بن ثابت السرقسطي في «كتاب غريب الحديث ـ في باب كلام التابعين ـ وهو آخر الكتاب ـ في ترجمة شريح» حدثنا موسى بن هارون ثنا العباس ثنا حماد بن سلمة عن إياس بن معاوية، قال: السهم في كلام العرب السدس، وفيه قصة، وذكر في «التنقيح» قال سعيد بن منصور: ثنا عبد الله بن المبارك عن يعقوب بن القعقاع عن الحسن في رجل أوصى بسهم من ماله، قال: له السدس على كل حال، انتهى.

وإن شاء تركه على حاله، وإن كان معسراً فلشريكه خمس خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى، وإن شاء تركه على حاله وليس له/ أن يضمن، وهذا ٢/١٧٨ب قول أبي حنيفة؛ لأن التدبير عنده متجزىء كالإعتاق فيثبت له الخيارات، أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة والسعاية؛ فلأن تضمينه[1] بقي على ملكه في حق التخريج إلى العتاق.

وأما خيار التضمين؛ فلأنه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلاً للتمليك مطلقاً بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك، فقد أتلفه في حق هذه التصرفات، فكان للشريك ولاية التضمين.

وأما خيار الترك على حاله، فلأن الحرية لم تثبت في جزء منه، فجاز بقاؤه على الرق وأنه مفيد؛ لأن له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه إلى الحرية ما لم يمت المدبر، فإن اختار تضمين المدبر فللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد؛ لأن الشريك كان له أن يستسعيه، فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له، فإذا أدى عتق والولاء كله للمدبر؛ لأن كله عتق على ملكه لانتقال نصيب شريكه إليه، وإن اختار الاستسعاء أو الإعتاق كان الولاء بينهما؛ لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، وأما إذا كان معسراً فلا حق له في الضمان، لأن ضمان التدبير لا يجب مع الإعسار كما لا يجب ضمان الإعتاق، فبقي أربع خيارات.

وأما على قول أبي يوسف ومحمد؛ صار كله مدبراً؛ لأن التدبير على أصلهما لا يتجزأ كالإعتاق المعجل، وليس للشريك إلا التضمين، موسراً كان المدبر أو معسراً، على الرواية المشهورة عنهما؛ لأن ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والإعسار كالبيع.

ولو كان العبد بين ثلاثة رهط؛ دَبَّره أحدهم وهو موسر، ثم أعتقه الثاني وهو موسر، فللشريك الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته، ويرجع به المدبر على العبد، وليس له أن يضمن المعتق، وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً، وليس له أن يضمنه ما انتقل إليه من نصيب الثالث، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: العبد كله مدبرٌ للذي دبره، ويضمن ثلثي قيمته لشريكه، موسراً كان أو معسراً، لأن التدبير لما كان متجزئاً عند أبي حنيفة، فلما دبره أحدهم فقد ثبت لكل واحد من الشريكين ست خيارات، فلما أعتقه الثاني فقد استوفى ما كان له، فلم تبق له ولاية تضمين المدبر، وللساكت أن يضمنه؛ لأنه أتلف عليه نصيبه، فكان له ولاية التضمين، وليس له أن يضمن المعتق؛ لأن ضمان المعتق ضمات معاوضة في الأصل، وهو ضمان التملك، وهو أن يكون بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب.

---

(١) في ط: تصيبه.

ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون؛ لأن التدبير انعقد سبباً لوجوب الضمان على المدبر، وأنه يوجب ملك المضمون، فصار ذلك النصيب محال لا يحتمل النقل إلى غير المدبر، فتعذر تضمين المعتق، ولأن المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولاء، والولاء لا يلحقه الفسخ، فلا يجوز أن ينقله إلى الغير، وللمدبر أن يضمن المعتق؛ لأنه بالإعتاق أتلف نصيبه بإخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة الاستخدام، فيضمن له قيمة نصيبه، لكن مدبراً؛ لأن المتلف مدبر ويرجع به المدبر على العبد؛ لأن نصيب الساكت انتقل إليه فقام هو مقامه، وكان له أن يستسعى العبد؛ فكذا للمدبر؛ ولأن الحرية لم تثبت في جزء منه، فجاز ابقاؤه على الرق، ولم يمكن أن يجعل هذا ضمان معاوضة؛ لأن نصيبه مدبر، والمدبر لا يحتمل النقل إلى ملك الغير، فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة، وإن شاء المدبر أعتق نصيبه الذي دبره؛ لأن بإعتاق شريكه لم يزل ملكه، وإن شاء استسعى العبد كما في عتق أحد الشريكين، فإن اختار الضمان كما للمعتق أن يستسعى العبد؛ لأن المدبر أقامه مقام نفسه، فكان له أن يستسعيه؛ فكذا له، وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي انتقل إليه من الثالث؛ لأن المدبر إنما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستنداً إلى وقت التدبير، والمستند قبل ثبوته في المحل يكون ثابتاً من وجه دُونَ وجهٍ، فلا يظهر ملكه في حق المعتق، فلا يضمن المعتق له ذلك.

وأما عندهما فالتدبير لما لم يكن متجزئاً صار الكل مدبراً، ويضمن ثلثي قيمته للشريكين لإتلاف نصيبهما عليهما، سواء كان موسراً أو معسراً لا تجب السعاية هنا، بخلاف الإعتاق؛ لأن بالإعتاق يزول ملكه فيسعى وهو حر، وهٰهنا بالتدبير لا يزول ملكه، بل يصير العبد كله مدبراً له وكسب المدبر للمولى، فتعذر الاستسعاء.

وعلى هذا إذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالإعتاق بأنْ كَانَ العبد بين رجلين، وشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتقه، وأنكر صاحبه، لا تقبل شهادته على صاحبه، ويجوز/ إقراره ٢/١٧٩أ على نفسه، ولم يجز على صاحبه، ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه، ويسعى العبد في قيمته بينهما، موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة، وعندهما إن كان المشهود عليه موسراً، فلا سعاية للشاهد على العبد، وإن كان معسراً فله السعاية عليه.

أما عدم قبول شهادته، فلأن شهادة الفرد في هذا الباب غير مقبولة، ولو كانا اثنين لكان لا تقبل شهادتهما أيضاً؛ لأنهما بشهادتهما يجران المغنم إلى أنفسهما؛ لأنهما يثبتان به حق التضمين لأنفسهما، ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله ﷺ إلا أنه بشهادته على صاحبه[١] صار مقرّاً بفساد نصيبه[٢] بإقراره على صاحبه بإعتاق نصيبه، فشهادته على صاحبه

(١) في أ: نفسه.
(٢) في أ: نصيب نفسه.

وإقراره عليه إنْ لم يجز فإقراره بفساد نصيب نفسه جائز؛ لأن الإنسان يصدق بإقراره على نفسه خصوصاً فيما يتضرر به، ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد؛ لأنه لم يوجد منه الإقرار بعتق نصيبه، بل بفساد نصيبه، وإنما أقر بالعتق في نصيب شريكه إلا أن إقراره بالعتق في نصيب شريكه في حق شريكه لم ينفذ، فينفذ إقراره بالعتق في نصيب شريكه في حقه، ولا يضمن الشاهد لشريكه؛ لأنه لم يعتق نصيب نفسه.

وأما السعاية فلأن فساد نصيبه يوجب التخريج إلى العتق بالسعاية، ويسعى العبد لهما في قيمته بينهما، فيسعى للشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف قيمته، سواء كان المنكر موسراً أو معسراً في قول أبي حنيفة؛ لأن السعاية ثبتت مع اليسار، والإعسار على أصله.

أما حق الاستسعاء للشاهد وإن كان المشهود عليه موسراً، فلأن في زعمه أن شريكه قد أعتق وأن له حق التضمين أو الاستسعاء إلا أنه تعذر التضمين؛ لأن إقراره لم يجز عليه في حقه، فبقي له حق الاستسعاء.

وأما المنكر فلأن في زعمه أن نصيبه على ملكه، وقد تعذر عليه التصرف فيه بإقرار شريكه، فكان له أن يستسعي.

وأما عندهما فإن كان المنكر موسراً، فلا سعاية للشاهد على العبد، لأنه يزعم أنه عتق بإعتاق شريكه، وأنه لا يستحق إلا الضمان، لأن السعاية لا تثبت مع اليسار على أصلهما، وَإِنْ كان معسراً فللشاهد أن يستسعي.

وأما المنكر فيستسعى على كل حال بالإجماع، معسراً كان أو موسراً؛ لأن نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الإقرار بسقوط حقه عن السعاية، فإن أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز في قول أبي حنيفة؛ لأن نصيب المنكر على ملكه، وكذلك نصيب الشاهد عنده، لأن الإعتاق يتجزأ فإذا أعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما، لأن العتق منهما، وكذلك إن استسعيا وأدى السعاية، فالولاء لهما.

وأما على قولهما فالولاء في نصيب الشاهد موقوف؛ لأن في زعم الشاهد أن جميع الولاء لشريكه؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ على أصلهما، وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف، وإن شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر يحلف أوّلاً كُلُّ واحدٍ منهما على دعوى صاحبه؛ لأن كل واحد منهما بدعوى العتق على صاحبه يدعي وجوب الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد، وصاحبه ينكر، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه؛ وهذا لأن فائدة الاستحلاف النكول ليقضي به، والنكول إما بذل أو إقرار، والضمان مما يصح بذله والإقرار به.

وإذا تحالفا سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته في قول أبي حنيفة؛ لأن في زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق، وأن له الضمان أو السعاية، وتعذر التضمين حيث لم يصدقه الآخر، فبقي الاستسعاء، ولا فرق عند أبي حنيفة بين حال اليسار والإعسار.

وأما على قولهما فإن كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما؛ لأن كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه ويزعم أن لا سعاية له مع اليسار، فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه.

وإن كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما، لأن كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر، فلا حق له إلاّ السعاية.

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، يسعى العبد للموسر ولم يسعى للمعسر؛ لأن الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وإنما له السعاية على العبد، والمعسر إنما يزعم أن الضمان على الشريك، وأنه قد أبرأ العبد.

ثم هو عبد في قول أبي حنيفة ويسعى وهو رقيقٌ إلى أن يؤدي ما عليه؛ لأن المستسعي في حكم المكاتب على أصله، وعندهما هو حر عليه دين حين شهد المولیان، فيسعى وهو حر؛ لأن في زعم كُلِّ واحدٍ منهما أنه حُرٌّ من جهة صاحبه.

وَمَنْ أقر بحرية عبد في ملكه عُتق عليه، عبد بين رجلين قال أحدهما: إن كنت دخلت هذه الدار أمس فأنت حُرٌّ، وقال الآخر إن لم تكن دخلتها أمس فأنت حر، ولا يدري أكان دخل/ أو لم يدخل، عُتق نصفُ العبد بينهما ويسعى في نصف قيمته بين المولیین، موسرين ٢/ ١٧٩ب [كانا][1] أو معسرين في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما، وإن كانا موسرين فلا يسعى لأحد، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، سعى للمعسر في ربع قيمته، ولا يسعى للموسر؛ وقال محمد: إن كانا موسرين لا يسعى، وإن كانا معسرين يسعى لهما في جميع قيمته.

وجه قول محمد أن كل واحد منهما يدعي على صاحبه أنه أعتقه، فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه، ولأن من عتق عليه نصف العبد مجاناً بغير سعاية مجهول، لأن الحانث منهما مجهولٌ، فكان من يقضى عليه بسقوط نفس السعاية مجهولاً، فلا يمكن القضاء به.

---

(١) سقط من ط.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن نصف العبد قد عتق بيقين؛ لأن أحد الشريكين حانث بيقين؛ إذ العبد لا يخلو مِنْ أن يكون دخل الدار أو لم يدخل؛ إذ لا واسطة بين الدخول والعدم، وليس أحدهما بتعيينه للحنث أوْلَىٰ من الآخر، والمقضى له بالعتق يتعين فيقسم نصف العتق بينهما، فإذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر إيجاب كل السعاية عليه، فتجب نصف السعاية، ثم على أصل أبي حنيفة يسعى في نصف قيمته بينهما، سواء كانا موسرين أو معسرين؛ لأن ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والإعسار، وعند أبي يوسف يختلف؛ فإن كانا معسرين سعى لهما، وإن كانا موسرين لا يسعى لهما، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر.

وما ذكره محمد أن هذه كشهادة كل واحد منهما على الآخر غيرُ سديدٍ؛ لأن هٰهنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا، وفي مسألة الشهادة لم نستيقن بالحرية؛ لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين.

وأما قوله: «أن الذي يقضى عليه بالعتق بغير سعاية مجهول»، فنعم، لكن هذا لا يمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوماً؛ لأن المقضى له إذا كان معلوماً يمكن رفع الجهاله التي من جانب المقضى له بالقسمة والتوزيع، وإذا كان مجهولاً لا يمكن، فإن حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لأحدهما، فقال أحدهما لعبده إن كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فأنت حر، وقال الآخر لعبده إن لم يكن زَيْدٌ دخل هذه الدار اليوم فأنت حر، فمضي اليوم ولا يدري أدَخل [زيد][1]الدار أم لم يدخل - لم يعتق واحد من العبدين؛ لأن هٰهنا المقضى له وعليه كل واحد منهما مجهولٌ، ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة في الطرفين، وفي الفصل الأول المقضى له بالعتق متيقنٌ معلومٌ والقضاء في مثله جائزٌ؛ كمن أعتق واحدة من جواربه العشر ثم جهلها.

وَعَلَىٰ هذا قال أبو يوسف في عبدين بين رجلين، قال أحدُهما لأحد العبدين: أنت حر إنْ لَمْ يَدْخُلْ فُلاَنٌ هذه الدار اليوم، وقال الآخر للعبد الآخر: إن دخل فُلان هذه الدار اليوم فأنت حُرٌّ، فمضي اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل، فإن هذين العبدين يعتق من كل واحد منهما ربعه، ويسعى في ثلاثة أرباع قيمته بين المولين نصفين، وقال محمد: قياس قول أبي حنيفة أن يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفين.

وجه قول أبي يوسف أنَّ نِصْفَ أحد العبدين[2] غير عين قد عتق بيقين؛ لأن فلاناً لا

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: العبد.

يخلو من أن يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل، فكان نصف أحدهما حرّاً بيقين، وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر، فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه، ويسعى كل واحد منهما في ثلاثة أرباع قيمته للتخريج إلى العتق؛ كما في المسألة المتقدمة، إلاّ أن هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى في النصف الباقي، وهٰهنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين المولِيين فيعتق على كل واحد منهما الربع، ويسعى كل واحد منهما في الباقي، وذلك ثلاثة أرباع قيمته.

وجه قياس قول أبي حنيفة أن المقضى له وعليه مجهولان، ولا سبيل إلى القضاء بالحرية مع جهالتهما، فيسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن ثمة المقضى له غير مجهول، ومن هذا النوع ما ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف في عبدٍ بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة، وأنه هو أعتقه اليوم، وقال شريكه لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم، فاضمن لي نصف القيمة لعتقك ـ فلا ضمان على الذي زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة، لأن قوله أنا أعتقته اليوم ليس بإعتاق، بل هو إقرار بالعتق، وأنه حصل بعد إقراره على شريكه بالعتق، فلم يصح، وكذا لو قال: أنا أعتقته أمس، وأعتقه صاحبي منذ سنة، وإن/ لم يقر بإعتاق نفسه، لكن قامت عليه بينة أنه أعتقه أمس، فهو ضامن لشريكه ٢/ ١٨٠أ لظهور الإعتاق منه بالبينة، فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الإعتاق منه بالبينة، ويمنع ظهوره بإقراره، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

فصل في حكم الإعتاق ووقت ثبوت الحكم

وأما بيان حكم الإعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه، فللإعتاق أحكام بعضُها أصلي، وبعضُها من التوابع، أما حكم الأصلي للإعتاق فهو ثبوت العتق؛ لأن الإعتاق إثبات العتق، والعتقُ في اللغة: عبارة عن القوة، يُقال عتق الطائر إذ قوي فطار عن وكره.

وفي عرف الشرع: اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه، ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة؛ يقال ثوب رقيق، أي: ضعيف؛ وفي متعارف الشرع يُراد به: الضعف الحكمي الذي يصير به الآدمي محلاً للتملك، وعلى عبارة التحرير الحكم الأصلي للتحرير هو ثبوت الحرية؛ لأن التحرير هو إثبات الحرية وهي الخلوص، يقال: طين حر أي خالص، وأرض حرة إذا لم يكن عليها خراج، وفي عرف الشرع: يُراد بها الخلوص عن الملك والرق، وهذا الحكم يعم جميع أنواع الإعتاق، غير أنه إن كان تنجيزاً ثبت هذا الحكم للحال، وإن كان تعليقاً بشرط أو إضافة إلى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت، ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك في جميع الأحكام إلا

في التعليق بشرط الموت المطلق، وهو التدبير عندنا، وكذا الاستيلاد ثم هذا الحكم قد يثبت في جميع ما أضيف إليه، وقد يثبت في بعض ما أضيف إليه، وجملة الكلام فيه أن الإعتاق لا يخلو: إما إن كان في الصحة؛ وإما إن كان في المرض، فإن كان في الصحة عتق كله، سواء كان له مال آخر أو لم يكن، وسواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأن حق الورثة أو الغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة، فالإعتاق صادف خالص ملكه لا حق لأحد فيه فنفذ[١]، وإن كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال ـ يعتق كله، لأن الثلث خالص حقه[٢] لا حق للورثة فيه، وإنما تعلق حقهم في الثلثين، والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إِنَّ اللَّهَ ـ تَعَالَىٰ ـ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً عَلَىٰ أَعْمَالِكُمْ**» وإن كان لا يخرج كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك؛ لأن المانع حق الورثة فإذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله، وإن لم يجيزوا الزيادة، يعتق منه بقدر ثلث ماله، ويسعى في الباقي للورثة، وإن لم يكن له مال سوى العبد، فإن أجازت الورثة عتق كله لما قلنا، وإن لم يجيزوا يعتق ثلثه، ويسعى في الثلثين للورثة لما قلنا.

والدليل عليه أيضاً ما روي في حديث أبي قلابة أنَّ رجلاً أعتق [عبده في مرض موته][٣] ولا مال له غيره، فأجاز النبي ﷺ ثلثه، واستسعاه في ثلثي قيمته[٤]، فدل الحديث على جواز الإعتاق في مرض الموت؛ حيث أجاز النبي ﷺ ذلك على أن الإعتاق في مرض الموت وصية حيث اعتبره من الثلث؛ وعلى بطلان قول من يقول لا سعاية في الشريعة حيث استسعى العبد.

هذا إذا لم يكن عليه دَيْنٌ، فإن كان عليه دين، فإنْ كَانَ مستغرقاً لقيمته ولا مال له سوى العبد، أو له مال آخر لكن الدين مستغرق لماله، فأعتق يسعى في جميع قيمته للغريم؛ ردّاً للوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصية، إلاَّ أن العتق لا يحتمل النقض فتجب السعاية.

وَرُوِيَ عن أبي الأعرج أن رجلاً أعتق عبداً له عند الموت وعليه دين، فقال النبي ﷺ: «**يُسْعَىٰ فِي الدَّيْنِ**»، وهكذا روي عن علي وابن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ؛ وإن كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد؛ بأن كان الدين ألف درهم، وقيمةُ العبد ألفان، يسعى في نصف قيمته للغريم، رَدّاً للوصية في قدر الدين، ثم نصفه الثاني عتق بطريق الوصية، فإن أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثاني، وإنْ لم تجز يعتق ثلث النصف الثاني مجاناً بغير شيء، وهو سدس الكل، ويسعى في ثلثي النصف، فالحاصل أنه يعتق سدسه مجاناً بغير شيء، ويسعى في خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان للورثة، ولو كان له عبدان فأعتقهما وهو مريض فهو على

---

(١) في أ: فيثبت.

(٢) في أ: ملكه.

(٣) في ط: عبداً له عند موته.

(٤) تقدم تخريجه من حديث أبي هريرة.

التفاصيل الذي ذكرنا أنه إن كان له مالٌ سواهما وهما يخرجان من الثلث، عُتِقَا جميعاً بغير شيءٍ لما ذكرنا، وإن لم يخرجا من الثلث، وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا، وإن لم يجيزوا الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله، ويسعى في الباقي للورثة، وَإن لم يكن له مال سواهما، فإن أجازت الورثة، عُتقا جميعاً بغير شيء، وإن لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه/ مجاناً، ويسعى في الثلثين للورثة، فيجعل كل رقبة على ثلاثة أسهم لحاجتنا إلى ٢/ ١٨٠ب الثلث، فيصير جملة المال وهو العبدان على ستة أسهم، فيخرج منهما سهام العتق وسهام السعاية، للعبدين سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم، فاستقام الثلث والثلثان، فإن مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفياً لوصيته، متلفاً لما عليه من السعاية، والتلفُ يدخل على الورثة وعلى العبد الباقي، فيجمع نصيب الورثة وذلك أربعة أسهم، ونصيب العبد الحي وذلك سهم، فيكون خمسة فيعتق من العبد الحي خمسه، ويسعى في أربعة أخماسه، فيحصل للورثة أربعة أسهم، وللحي سهم، والميت قد استوفى سهماً فحصل للورثة أربعة أسهم، وللوصية سهمان، فاستقام الثلث والثلثان.

وإن كان العبد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم، يعتق من كل واحد ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته، فيصير كل واحد[1] على ثلاثة أسهم، فتصير العبيد على تسعة أسهم: ستة أسهم للورثة، وثلاثة أسهم للعبيد، فإن مات أحدهم قبل السعاية صار متلفاً لما عليه من السعاية، مستوفياً لوصيته، فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم، ونصيب العبدين سهمان فيكون ثمانية أسهم، فيجعل كل عبد على أربعة أسهم، فيعتق من كل واحد ربعه، ويسعى في ثلاثة أرباعه، فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبدين سهمان، والميت قد استوفى سهماً، فاستقام الثلث والثلثان.

فإن مات اثنان يجمع نصيب الورثة ستة، وللحي سهم، فيكون سبعة، فيعتق من الحي سبعة ويسعى في ستة أسباع قيمته، فيحصل[2] للورثة ستة وللحي سهم، والميتان استوفيا سهمين، فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة، فاستقام الثلث والثلثان.

هذا كله إذا لم يكن على الميت دَيْنٌ، فإن كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد في قيمته للغرماء؛ رَدّاً للوصية؛ لأن العتق في مرض الموت وصية، ولا وصية إلا بعد قضاء الدين، وإن كان الدين غير مستغرق بأن كان ألفاً وقيمة كل واحد منهما ألف، يسعى كل واحد [منهما][3] في نصف قيمته، ثم نصف كل واحد منهما وصية، فإن أجازت الورثة عتق النصف

(١) في أ: عبدٍ.
(٢) في أ: فيجعل.
(٣) سقط من ط.

الباقي من كل واحد، وإن لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقي مجاناً، وهو السدس، ويسعى في ثلثي النصف، ففي الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجاناً، ويسعى في خمسة أسداسه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ثم المريض إذا أعتق عبده ولا مال له غيره، فأمر العبد في الحال في أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوفٌ، فإن برأ تبين أنه صار حُرّاً من حين أعتق، وَإنْ مات فهو بمنزلة المكاتب [إذا سعى][1] في قول أبي حنيفة؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده، وعندهما هو حُرٌّ وعليه دَيْنٌ؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ.

وأما الذي هو من التوابع فنحو المالكية والولاية والشهادة والإرث وغير ذلك، لكن هذه ليست من الأحكام الأصلية للإعتاق، بل هي من التوابع والثمرات تثبت في بعض أنواعه دون بعض، كالإعتاق المضاف إلى الصبي والمجنون ونحو ذلك، ومن هذا القبيل الإعتاق المضاف إلى المجهول، وجملة الكلام فيه أن جهالة المعتق إما أن كانت أصلية، وإما أن كانت طارئة، فإن كانت أصلية وهي أن تكون الصيغة من الابتداء مضافة إلى أحد المذكورين غير عين، فيجهل المضاف إليه لمزاحمة صاحبه إياه في الاسم، فصاحبه المزاحم لا يخلو إما أن يكون محتملاً للإعتاق، أو لا يكون محتملاً له، والمحتمل [له][2] لا يخلو من أن يكون ممن ينفذ إعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ، فإن كان محتملاً للإعتاق وهو ممن ينفذ إعتاقه فيه؛ نحو أن يقول لعبديه: أحدكما حُرٌّ، أو يقول: هذا حُرٌّ أو هذا، أو يقول: سالمٌ حُرٌّ أو بريع لا ينوي أحدهما بعينه، فالكلام في هذا الفصل في موضعين:

أحدهما: في بيان كيفية هذا التصرف.

والثاني: في بيان الأحكام المتعلقة به.

أما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم.

وأما الكلام في الأحكام المتعلقة به في الأصل فنوعان: نوعٌ يتعلق به في حال حياة المولى، ونوع يتعلق به بعد وفاته.

أما الأول: فنقول ـ ولا حول ولا قوة إلا باللَّهِ تعالى ـ: إن للمولى أن يستخدمهما قبل الاختيار، وهذا يدل على أن العتق غير نازل في أحدهما؛ لأنه لا سبيل إلى استخدام الحر من غير رضاه، وله أن يستعملهما ويستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولى، وهذا أيضاً يدل على ما قلنا.

---

(١) سقط من ط.
(٢) سقط من ط.

ولو جنى عليهما قبل الاختيار، فالجناية لا تخلو إما أن كانت من المولى، وإما أن كانت من الأجنبي، ولا تخلو إما أن كانت على النفس أو على ما دون النفس، فإن كانت الجناية/ ٢/ ١٨١أ من المولى، فإن كانت على ما دون النفس بأنْ قطع يد العبدين فلا شيء عليه، وهذا أيضاً يَدُلُّ على عدم نزول العتق حيث جعلهما في حكم المملوكين قبل الاختيار، وسواء قطعهما معاً أو على التعاقب، لأن القطع لا يبطل الخيار، ولا يكون ثابتاً بخلاف القتل لما نذكر.

وإن كانت جناية على النفس بأن قتلهما، فإن قتلهما على التعاقب فالأول عبدٌ، والثاني حُرٌّ؛ لأنه لما أقدم على قتل الأول فقد تعين الثاني للعتق، فإذا قتله فقد قتل حُرّاً فعليه الدية، وتكون لورثته؛ لأن الدية تصير ميراثاً للورثة، ولا يكون للمولى من ذلك شيء؛ لأنه قاتل، والقاتل لا يرث.

وإن قتلهما معاً بضربة واحدة، فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته، لأن المضمون على المولى أحدهما وهو الحر منهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فشاعت حرية واحدة فيهما، وهذا يؤيد القول بنزول العتق في غير العين.

وَإن كانت الجناية من الأجنبي، فإن كانت فيما دون النفس بأن قطع إنسان يد العبدين فعليه أرش العبيد، وذلك نصف قيمة كل واحد منهما، لكن يكون أرشهما للمولى، سواء قطعهما معاً أو على التعاقب؛ لأن القطع لا يبطل خيار المولى، وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق؛ إذْ لو نزل لكان الواجب أرش يد عبدٍ وحُرّ، وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر.

وإن كانت في النفس، فالقاتل لا يخلو إما أن كان واحداً، وإما أن كان اثنين: فإن كان واحداً فإن قتلهما معاً، فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما، نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذاك، ويكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما؛ نصف دية هذا ونصف دية ذاك؛ وتكون لورثتهما، وهذا دليل على أن العتق نازل في غير المعين؛ إذ لو لم يكن لكان الواجب في قتلهما معاً قيمة عبدين، ومع ذلك لم يجب، بل وَجَبَ دية حُرٌّ وقيمة عبد، لأن أحدهما حر، وقد قتل حرّاً وعبداً، والواجب بقتل الحر الدية، وبقتل العبد القيمة، والديةُ للورثة والقيمة للمولى، وإنما انقسم لأن كل واحد منهما تجب ديته في حال، وقيمته في حال لاحتمال أنه حر وعبد، فينقسم ذلك على اعتبار الأحوال كما هو أصل أصحابنا.

وإن قتلهما على التعاقب يجب على القاتل قيمة الأول للمولى، ودية الثاني للورثة؛ لأن قتل الأول يوجب تعين الثاني للعتق، فيتعين الأول للمولى وقد قتل حُرّاً وعبداً خطأً.

وإن كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلاً، فإن وقع قتل كل واحد منهما معاً، فعلى كل واحد من القاتلين القيمة، نصفها للورثة ونصفها للمولى، وإيجاب [قيمتين دون قيمة

ودية][1]؛ على قول من يقول إن العتق غير نازل ظاهراً؛ لأن كل واحد منهما قتل عبداً خطأً، وأنه يوجب القيمة.

وأما على قول مَنْ يقول بنزول العتق فإنما لم تجب الدية؛ لأن من تجب الدية عليه منهما مجهول؛ إذ لا يعلم من الذي تجب عليه منهما، فلا يمكن إيجاب الدية مع الشك، والقيمة متيقنة فتجب، بخلاف ما إذا كان القاتل واحداً؛ لأن هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه، وإنما الجهالة فيمن له.

وأما انقسام القيمتين فلأن المستحق لأحد البدلين هو المولى، والمستحق البدل الآخر هو الوارث، وكلٌ واحد منهما يستحق في حال ولا يستحق في حال، فوجوب القيمتين حجة أحد القولين، وانقسامهما حجة القول الآخر.

وإن وقع قتل كل واحد منهما على التعاقب، فعلى قاتل الأول القيمة للمولى، وعلى قاتل الثاني الدية للورثة؛ لأن أحدهما قتل عبداً والآخر قتل حُرّاً، لأن قتل الأول أوجب تعين الثاني للحرية والأول للرق.

ولو كان للمملوكان أمتين فولدت كل واحدة منهما ولداً، أو ولدت إحداهما ولداً، فاختار المولى عتق أحدهما، عُتقت هي وعُتق ولَدُهَا، سواء كان للأخرى ولد أو لم يكن، أما على قول التخيير فظاهر؛ لأن العتق كَان نازلاً في غير المعين[2] منهما، والبيان تعيين لمن وقع عليه، فَعُتِقَتِ المعينة وَعُتق ولدها تبعاً لها.

وأما على قول التعليق فلأن العتق إن لم ينزل، فقد انعقد سبب النزول في إحداهما، فيسري إلى ولدها كالاستيلاد والكتابة، ولو ماتت الأمتان معاً قبل الاختيار، وقد ولدت كُلُّ واحدة منهما ولداً، خُيِّرَ المولى فيختار عتق أي الولدين شاء؛ لأنهما لما ماتتا معاً لم تتعين إحداهما للحرية، فحدث الولدان على وصف الأم، فيخير المولى فيهما؛ كما كان يخير في الأم، فإن مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الأمتين، لا يلتفت إلى ذلك، ويخير المولى، لأنه لم يتعلق بموته تعيين؛ إذ الحرية إنما تتعين فيه بتعينها في أمه، وحكم التعيين في الأم قائمٌ؛ لأن تعيينها مُمْكِنٌ، فيخير المولى فيهما/ فأيهما اختار عتقها فعتقت عُتق ولدها، ولو قتل الأمتين معاً رَجُلٌ، خُيِّرَ المولى في الولدين لما قلنا في الموت، وأيُّهما اختار عتقه فعتق، لا يرث من أرش أمه شيئاً؛ لأنه إنما عتق باختيار العتق فيه، وذلك يتأخر عن الموت فلا يرث شيئاً، بل يكون الكل للمولى، وهذا نص مذهب التعليق؛ لأن العتق لو كان نازلاً في إحداهما

٢/ ١٨١ب

(١) في ط: وإيجاب القيمتين يوجب قيمة ودية.

(٢) في ط: العين.

لحدوثهما على وصف الأم، لكان الاختيار تعييناً لمن وقع عليه العتق، فكان عتقه متقدماً على موت الأم فَيَنْبَغِي أن يرث، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو وُطِئَتِ الأمتان بشبهةٍ قبل اختيار المولى، يجب عقر أمتين، ويكون للمولى كالأرش، وهذا يؤيد قول التعليق إذ لو كان تنجيزاً لكان الواجب عقر حرة وأمة، ولكان نصف ذلك للأمتين والنصف للمولى، ولما كان كسبهما له والأرش، فالعقر أولى لأنهما لا يملكان بدون ملك الأصل، وقد يملك الكسب بدون ملك الأصل كالغاصب، فَلَمَّا كان الكسب له، فالأرش والعقر أولى، ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسداً، أما على قول التنجيز فظاهر؛ لأن العتق إذا نزل في غير المعين منهما صار جامعاً بين حر وعبدٍ في البيع من غير بيان حصة كُلِّ واحد منهما؛ لأنه غير جائز بالإجماع.

وَأَمَّا عَلَىٰ قَوْلِ التعليق، فلأن حق الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لأحدهما، فيمنع جواز البيع؛ كما لو جمع بين قن ومدبرٍ في البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن.

ولو أنه باعهما صفقةً واحدةً وسلمهما إلى المشتري فأعتقهما المشتري، فيقال للبائع: اخْتَر العتق في أحدهما، وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشتري؛ لأن المشتري لما قبضهما بعقد فاسدٍ فقد ملك أحدهما ونفذ إعتاقه فيه، فإذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد، فينفذ فيه إعتاق المشتري، وَإنما بدىء بتخيير البائع لأنَّ التمليكَ منه حصل في مجهول، فما لم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك الفاسد، فَإِنْ مَاتَ البائعُ قَبْلَ البيان، قامت الورثة مقامه، ويقال لهم بَيِّنُوا، فإنْ بِيَّنُوا في أحدهما عُتق الآخر على المشتري، ولا يقال يَنْبَغِي أن ينقسم العتق بموت المولى؛ كما إذا مات قبل البيع لأن شرط الانقسام أن لا يزول الملك عن أحدِهما؛ لاستحالة انقسام الحرية على الحر، والملك قد زَالَ عن أحدهما، فتعذر الانقسام وبقي الخيار، فقام الوارث مقام المورث.

فَإنْ قِيلَ: الخيار عندكم لا يورث، فكيف ورثتم هذا الخيار، وهذا منكم تناقضٌ؟ فالجواب: أن هذا الخيار لا يورث عندنا، بل يثبت للورثة ابتداءً لا بطريق الإرث، بل لأنهم استحقوا قيمة أحد العبدين، فكان لهم التعيين كما كان للبائع، وهذا كما قالوا فيمن باع أَحَدَ عبديه على أنه بالخيار وقبضهما المشتري فماتا في يده، ثم مات البائع ـ أن لورثة البائع الخيار ابتداءً لا بطريق الإرث؛ كذا هذا، فإن لم يعتق المشتري حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضي البيع، فإذا فَسَخَهُ انقسم وعتق مِنْ كُلِّ واحِدٍ منهما نصفه، وَإِنَّما كان كذلك لما ذكرنا مِن فوات شرط الانقسام، وَهُوَ عَدَمُ زوال الملك في أحدهما، والملك قد زال عن أحد العبدين، فَتَعَذَّرَ التقسيم والتوزيع، إلاَّ أن البيع الفاسد واجب الفسخَ حقّاً للشرع، رفعاً

للفساد؛ وفسخه بفعل القاضي أو بتراضي المتعاقدين، فإذا فسخ عاد إلى ملك البائع وشاع العتق فيهما، وعتق من كل واحد منهما نصفه، ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما، يُخَيَّرُ فيختار العتق في أيِّهما شاء، وتجوز الهبة والصدقة والأمهار في الآخر، لأن حرية أحدهما أو حق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية في أحدهما على اختلاف الكيفيتين، لا يوجب ببطلان هذه التصرفات، ألا ترى أنه لو جمع في الهبة أو في الصدقة أو في النكاح بين حُرٍّ وعبد يصح في العبد.

وكذا إذا جمع فيها بين مدبرٍ وقن، يصح في القن، وهذا لأن الجمع بين الحر والعبد في البيع إنما يوجب فساد البيع؛ لأنه إذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع في كل واحد منهما شرطاً لصحة قبوله في الآخر، وأنه شرطٌ فاسد، وهذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة.

فإن قيل: إذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة، فقد زال الملك عن أحَدِهِمَا، فَكَيْفَ يخير المولى، فالجواب أنَّا لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار، بل زواله موقوف على وجود الاختيار، فإذا تعين أحدهما للعتق باختياره العتق [فيه][1] يزول الملك عن أحدهما.

٢/ ١٨٢أ وإن مات المولى قبل أن يبين العتق/ في أحدهما، بطلت الهبة والصدقة فيهما، وبطل أمهارها؛ لأنه لما مات فقد شاع العتق فيهما؛ لوجود شرط الشياع، فَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهما نصفه، ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير.

وَلَوْ أسرهما أهل الحرب، كان للمولى أنْ يَخْتَارَ عتق أحدهما، ويكون الآخر لأهل الحرب؛ لأن أهْلَ الحرب لم يملكوهما بالأسر؛ لأن أحدهما حر وحق الحرية للآخر ثابت، وكل ذلك يمنع من التملك بالأسر، ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالأسر كما لا يملكون الحر، وإذا لم يُمْلَكَا بالأسر، بقَيَا على ملك المولى، وله خيار العتق، فإذا اختار أحدهما بقي الآخر عبداً، فيملكه أهل الحرب، فإن لم يختر المولى حتى مات، بطل ملك أهل الحرب بينهما؛ لأنه لما مات المولى شاعت الحرية، وعتق مِنْ كُلِّ واحدٍ منهما نصفه، فتعذر التملك.

ولو أسر أهل الحرب أحدهما لم يملكوه؛ لأن أحدهما حُرّاً وثبت له حق الحرية، وكل ذلك يمنع من التملك، بخلاف ما إذا باع أحدهما، لأنَّ بيعه إياه اختيار منه للملك، فقد باع ملكه باختياره فصح، ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجرٌ، فللمولى أن يختار عتق أيِّهما شاء، ويأخذ الآخر بِحِصَّتِهِ من الثمن؛ لأن الخيار كان ثابتاً للمولى قبل البيع، فإذا باعوه فقد ثبت

---

(١) سقط من ط.

للمشتري ما كان ثابتاً قبل خيار العمل، فإذا اختار عتق أحدهما صح ملك أهل الحرب والمشتري منهم في الآخر، فيأخذه بحصته من الثمن، فإن اشترى التاجرُ أحدهما، فاختار المولى عتقه، عُتق وَبَطَلَ الشراء لما ذكرنا أنَّ ولايةَ الاختيار قائمةٌ للمولى، فإن أخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عُتق الآخر؛ لأن أخذه إياه إعادة له إلى القديم ملكه، فيتعين الآخر للعتق؛ كأنه أعتقه.

وَلَوْ قَالَ في صحته لعبديه: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثم مرض مرض الموت، فاختار عتق أحدهما يعتق من جميع المال، وإن كانت قيمته أكثر من الثلث؛ بأن كانت قيمة أحدهما ألفاً وقيمة الآخر ألفين، فبين العتق في الذي قيمته ألفان، وهذا يَدُلُّ على أنَّ إضَافَةَ العتق إلى المجهول إيقاع وتنجيزٌ؛ إذ لو كان تعليقاً واقتصر العتق على حالة المرض، يَنْبَغِي أن يعتبر من الثلث؛ كما لو أنشأ العتق في المرض، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

وللعبدين حق مخاصمة المولى، فلهما أن يرفعانه إلى القاضي، ويستعديا عليه، وإذا استعديا عليه أعداهما القاضي، وأمره القاضي بالبيان، أعني: اختيار أحدهما، وجبره عليه بالحبس لو امتنع.

أما على مذهب التنجيز، فلأن العتق نازلٌ في أحدهما[1] غير عين، وكل واحد منهما يجوز أنْ يكون هو الحر والحرية حقه، أو له فيها حق.

وأما على مذهب التعليق، فلأن الحرية إنْ لم تثبت في أحدهما، فقد يثبت حق الحرية، أعني: انعقد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية أصلاً، وهذا حقه وله فيه حق، والبيان طريق استيفاء هذا الحق، فَكَانَ كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان.

وإنما كان البيان إلى المولى؛ لأن الإجمال منه، فَكَانَ البيان إليه؛ كما في بيان المجمل والمشترك في النصوص، وَكَمَنْ أقر بشيء مجهول، أو باع قفيزاً من صبرة، كان البيان إليه؛ كذا هذا.

ثم البيان أنواع ثلاثة: نَصٌّ ودلالةٌ وضرورةٌ، أما النص فنحو أن يقول المولى لأحدهما عيناً: إياك عنيتُ أو نويتُ أو أردتُ بذلك اللفظ الذي ذكرت، أو اخترت أن تكون حُرّاً باللفظ الذي قلت، أو أنت حر بذلك اللفظ الذي قلت، أو بذلك الإعتاق، أو أعتقتك بالعتق السابق؛ وغير ذلك من الألفاظ، فلو قال: أنت حر، أو أعتقتك بالعتق السابق، فإذا أراد به عتقاً مستأنفاً، عتقا جميعاً، هذا بالإعتاق المستأنف، وذاك باللفظ السابق؛ لأن إنشاء العتق في أحدهما قبل الاختيار اختيارُ العتق في الآخر دلالةً؛ لما نذكر؛ إن شاء الله ـ تعالى ـ.

---

(١) في ط: أحد منهما.

إن قال عنيت به الذي لزمني بقولي: أحدكما حُرٌّ، يصدق في القضاء، ويحمل قوله: «أعتقتك» على اختيار العتق، أي: اخترت عتقك.

وَأمَّا الدلالة: فهي أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع، أو بالهبة، أو بالصدقة، أو بإنشاء العتق، أو برهن أحدهما، أو يؤاجر، أو يكاتب، أو يدبر، أو يستولد إن كانت أمة؛ لأن الأصل إنَّ مَنْ خُيِّرَ بين أمرين ففعل ما يستدل به على اختياره أحدهما، يجعل ذلك اختياراً منه دلالةً، يقوم ذلك مقام النص؛ كأنه قال: اخترت.

والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال لبريرة: «**إِنْ وَطِئَكِ زَوْجُكِ فَلاَ خِيَارَ لَكِ**»[1] لما أن تمكينها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها لا نفسها، فصار هذا أصلاً في الباب.

وهذا التصرفات كلها في أحدهما دليل اختيار العتق في الآخر، لأن منها ما ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه، وهي التصرفات/ المزيلة للملك، ومنها ما لا ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه، لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله، وهو الرهن والإجارة والكتابة والتدبير والاستيلاد، والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطلان، فكان إقدامه على كِلاَ النوعين من التصرفات في أحدهما دليلاً على اختياره العتق المبهم في الآخر، واختياره العتق المبهم في أحدهما عيناً، شرط لنزول العتق فيه بالكلام السابق.

٢/ ١٨٢ب

وهذا التخريج على قول مَنْ يقول إن العتق غير نازل في العين فيهما، فأما على قول من يقول بنزول العتق في أحدهما غير عين، فهو أن هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك، فالإقدام عليها اختياراً للملك في المتصرف فيه، فتعين الآخر، فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصّاً ودلالة؛ كما إذا مات أحدهما قبل الاختيار أو قتل، وسواء كان البيع بتاً أو فيه خيار البائع أو المشتري، أما على مذهب التنجيز فلأنه لا صحة للبيع إلا بالملك، فكان إقدامه على بيع أحدهما اختياراً إياه للملك، فيتعين الآخر للعتق ضرورة، وَأمَّا على مذهب التعليق، أما خيار المشتري فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلافٍ، فينافي اختيار العتق المبهم فيه، وأما اختيار البائع فلأن اختيار العتق المبهم يُبْطِلُ شَرْطَ الخيار.

وسواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً إذا قبض المشتري؛ لأنه وقع مزيلاً للملك، فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة.

---

(١) تقدم حديث بريرة.

وأما إذا لم يقبض فقد ذكر في الأصل إذا باع أحدهما بيعاً فاسداً، وقبض المشتري، عُتق الباقي، ولم يذكر أنه لم يقبض ماذا حكمه.

وهكذا ذكر محمد في الإملاء؛ إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يعتق[1] ولم يذكر حال عدم القبض.

وذكر الجصاص أن القبض ليس بشرط، ويتعين العتق في الآخر، سواء قبض المشتري أو لم يقبض، وهكذا ذكر القدوري، وقال: قد ظهر القول من أصحابنا أنه إذا ساوم بأحد العبدين وقع العتق في الآخر، وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لو أوصى بأحدهما أو ساوم عتق الآخر، ومعلوم أن المساومة دون البيع الفاسد، فالسوم لما كان بياناً فَالْبَيْعُ أَوْلَىٰ.

وبه تبين أن ذكر القبض في الأصل ليس على سبيل الشرط، بل وقع ذكره اتفاقاً أو إشعاراً أنه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك، ولو علق عتق أحدهما عيناً بشرط بأن قال له: إنْ دخلت الدار فأنت حُرٌّ، عتق الآخر، أما على مذهب التنجيز فلأن التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصح إلا في الملك، فكان الإقدام على تعليق عتقه اختياراً للملك فيه، فيتعين الآخر للعتق ضرورة؛ كما لو نجز العتق في أحدهما.

وأما على مذهب التعليق فلأن اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط، فصار كما لو دبر أحدهما.

وذكر ابن سماعة عن محمد أنه إذا قال لأحدهما: إن دخلت الدار فأنت حُرٌّ، ثم قال: أحدكما حُرٌّ، ثم دخل الذي علق عتقه بدخول الدار حتى عُتق، عُتق الآخر؛ لأن ملك المولى زال عن أحدهما لسبب من جهته، فصار كما لو أعتقه ابتداء أو باعه، ولو كان المملوكان أمتين[2] فوطىء المولى إحداهما، فإن عَلَقَتْ منه، عُتقت الأخرى بالإجماع، لأنها صارت أم ولد له، وقد ذكرنا أن الاستيلاد يكون معيناً للعتق في الأخرى، وإن لم تعلق لا تعتق الأخرى في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: تُعْتَقُ.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: وكذلك لو قَبَّلَ إِحْدَاهُمَا بِشَهْوَةٍ أو لمس بشهوة أو نَظَرَ إلى فرجها عَنْ شَهْوَةٍ، ولو استخدم إحداهما لا تعتق الأخرى في قولهم جميعاً؛ لأن الاستخدام تصرف لا يختص بالملك؛ إذ قد يستخدم الحرة.

وجه قولهما: إن الظاهر من حال العاقل المتدين الإقدام على الوطء[3] الحلال لا

(١) في ط: وعندنا.
(٢) في ط: أختين.
(٣) في أ: التصرف.

الحرام، وَحِلُّ الوطء لا يثبت إلاَّ بأحد نَوْعَي الملك، ولم يوجد هٰهنا ملك النكاح، فتعين ملك اليمين للحل، وإذا تعينت الموطوءة للملك، تعينت الأخرى للعتق، ولأن الوطء لو لم يجعل بياناً، فمن الجائز أنْ يقع اختياره على الموطوءة، فيتبين أنه وطيء حرة من غير نكاح، [ووطء الحرة من غير نكاح سفاح][1] فيجعل الوطء بياناً ضرورة التحرج عن الحرام حَالاً ومآلاً، حتى لو قال: إحداكُما مدبرةٌ، ثم وطيء إحداهما لا يكون بياناً بالإجماع، لأن التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع، فلا حاجة إلى التحرز بالبيان، ولهذا جعل الوطء بياناً في الطلاق المبهم، حتى لو قال لامرأتيه: إحداكما طالقٌ، فوطيء إحداهما، طُلقت/ الأخرى؛ كذا هٰهنا. ٢/ ١٨٣أ

ولأبي حنيفة أنَّ كون الوطء بياناً للعتق في غير الموطوءة يستدعي نزول العتق، ليكون الوطء[2] تعييناً للمعتقة منهما، والعتق بالكلام السابق غير نازل لما بينا من الدلائل، وهكذا نقول في الطلاق المبهم، أنه غير واقع في غير المعين منهما، بل هو معلَّقٌ بشرط الاختيار إلاَّ أن هناك جعل الوطء دلالة الاختيار، ولم يجعل هٰهنا، لأن الوطء في باب النكاح مستحقٌ على الزوج شرعاً؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] قيل في التفسير أن الإمساك بالمعروف هو الوطء والنفقة، وإذا كان الوطء مستحقاً بالنكاح عند اختيار الإمساك، فإذا قصد وطء إحداهما، فصار مختاراً لإمساكها، فيلزمه إيفاء المستحق شرعاً؛ ضرورة اختيار الإمساك، فيصير مختاراً طلاق الأخرى، والوطء في الأمة غير مستحق بحالٍ، فلا يكون وطء إحداهما اختياراً للعتق في الأخرى، لو صار مختاراً للإمساك؛ إنما يصير ليقع وطؤه حلالاً تحرجاً عن الحرمة، ووطؤه إياهما جميعاً حلالٌ، وباختيار إحداهما لا يظهر أن وطء الموطوءة كان حراماً؛ لأن العتق ثبت حال الاختيار مقصوراً عليها.

وَأمَّا الضرورة فنحو أنْ يَمُوتَ أحد العبدين قبل الاختيار فيعتق الآخر لأنه بالموت خرج من أن يكون محلاً لاختيار العتق المبهم، فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى، لا نصّاً ولا دلالة، وهذا يدل على أن العتق غير نازل؛ إذ لو كان نازلاً لما تعين الآخر للعتق؛ لأن التعيين للضرورة، وهي ضرورة عدم المحل ولا ضرورة، لأن الميت كان[3] محلاً للبيان؛ إذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق بالإيجاب السابق وقت وجوده، وكان حَيّاً في ذلك الوقت، وهذا بخلاف ما إذا باع أحد عبديه على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام، فمات أحدهما ـ أن ملك المشتري يتعين في الميت منهما ولا يتعين في الحي؛ لأن هناك وجِد المسقط للخيار في الميت قبل الموت، وهو حدوث العيب فيه؛ إذ الموت لا يخلو عن مقدمةِ مرضٍ عادَةً، فحدوث العيب فيه يبطل خيار المشتري فيه، فيتعين بالبيع، فيتعين الحي للرد.

---

(١) سقط من ط. (٢) في ط: العتق.
(٣) في أ: يصلح.

وهٰهنا حدوث العيب في أحدهما لا يوجب تعيينه للملك قبل الموت، فيتعين للموت، فيتعين الآخر للعتق ضرورة، بخلافِ ما إذا قال: أحد هذين ابني، أو أحد هاتين أم ولدي، فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاد؛ كذا روى ابن سماعة عن محمدٍ؛ لأن قَوْلَهُ أحد هاتين أم ولدي، أو أحد هذين ابني ـ ليس بإنشاء، بل هو إخبار عن أمرٍ سابقٍ والإخبار يصح في الحي والميت، فيقف على بيانه.

وقوله: أحدكما حر، أو أحد هذين حر، إنشاءٌ للحرية في أحدهما، والإنشاء لا يصح إلا في الحي، فإذا مات أحدهما تعين الآخر للحرية، وكذا إذا قتل أحدهما، سواء قتله المولى أو أجنبي؛ لما قلنا، غير أن القتل إنْ كَانَ مِنَ المولى فلا شيء عليه، وإن كان من الأجنبي فعليه قيمةُ العبدِ المقتول للمولى.

فإن اختار المولى المقتول، لا يرتفع العتق عن الحي، ولكن قيمة المقتول تكون لورثته؛ لأن المولى قد أقر بحريته، فلا يستحق شيئاً من قيمته.

فإن قطعت يد أحدهما، لا يعتق الآخر، سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي؛ لأن القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل، فإنْ قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق، فَإنْ بَيَّنَهُ في غير المجني عليه، فالأرش للمولى بلا شك، وَإن بينه في المجني عليه، ذكر القدوري في شرحه أنَّ الأرش للمولى أيضاً، ولا شيء للمجني عليه مِنَ الأرش.

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أن الأرش يكون للمجني عليه، وهكذا ذكر القاضي فيما إذا قطع المولى ثم بين العتق أنه إن بينه في المجني عليه يجب عليه أرش الأحرار ويكون العبد، وعلل بأنه أقرَّ على نفسه بأنه جَنَي على حُرٍّ، وإن بينه في غير المجني عليه، فلا شيء على المولى، ولم يذكر القدوري هذا الفصل، وإنما ذكر فصل الأجنبي.

وما ذكره القاضي قياس مذهب التنجيز؛ لأن البيان يكون تعييناً لمن وقع عليه العتق، فيتبين أنه كان حُرّاً وَقْتَ ورود الجناية عليه، فيوجب أرش الأحرار على المولى للعبد.

وَمَا ذَكَرَهُ القدوري قياس مذهب التعليق؛ لأن العتق ثبت وَقْتَ الاختيارِ مقصوراً عليه، فلا يظْهرُ؛ لأن الجناية صادفت يد حُرٍّ، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وَلَوْ قَالَ عبدي حُرٌّ، وليس له إلا عبد واحد، عُتق؛ لأنه تعين بالإيجاب فانصرف إليه، فإنْ قال: لي عبد آخر عنيته، لم يصدق في القضاء؛ لأنه إذا لم يعرف له عبد آخر، انصرف إيجابه إلى هذا العبد ظاهراً، فلا يصدق في العدول عن الظاهر إلاَّ ببينةٍ تَقُومُ على أن له عبداً آخر، ويصدق فيما بينه وبين الله ـ عزَّ وجلَّ ـ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولو قال: أحَدُ

عبيديَّ حُرٌّ، أو أحد عبدي حُرٌّ، وليس له إلا عبد واحد، عُتق، لأن لفظة أحد لا تقتضي آحاداً.

ألا ترى أن الله ـ تعالى ـ موصوفٌ بأنه أحد، قال ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ [الإخلاص:١] ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره في الأزل.

وروى بن بشر عن أبي يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبدٍ، فقال: أحد عبيدي حُرٌّ، أحد عبيدي حر، أحد عبيدي حر، قال ذلك ثلاثاً/ عُتقوا؛ لأن أحدهم عتق باللفظ الأول؛ لأنه أحد عبيده، وعُتق الآخر باللفظ الثاني لهذا المعنى، وقد بقي له عبدان فيعتق أحدهما، وعتق الثالث باللفظ الثالث، وإن لم يبق إلا عبد واحد؛ كما لو قال ابتداءً: أحد عبيدي حر، وليس له إلا عبدٌ واحد.

ولو قال: أحدكم حُرٌّ، أحدكم حر، أحدكم حر، لم يُعْتَقْ إلاَّ واحد؛ لأن أحدهم عتق باللفظ الأول، ثم اللفظ الثاني جمع بين حر وعبدين، فقال: أَحَدُكُمْ حُرٌّ، لم يصح، ثم باللفظ الثالث جمع بين عبدٍ وحرين، فلم يصح ذلك أيضاً؛ لأنه يحمل على الإخبار، وهو صَادِقٌ فيما أخبر.

ولو قال لِعبده: أنت حُرٌّ أو مدبرٌ، يُؤْمَرُ بالبيان، فإن قال: عنيتُ به الحرية، عُتق، وَإن قال: عنيتُ به التدبير، صار مدبراً، وهذا ظاهرٌ، فإن مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالإعتاق البَاتّ، ونصفه بالتدبير؛ لشيوع العتقين فيه، إلاَّ أن نصفه يعتق مجاناً من جميع المال؛ لأنه يعتق بالإعتاق البات في حالة الصحة، ونصفه يعتق من الثلث، لأنه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية، فيعتبر من الثلث، سواء كان التدبير في المرض أو في الصحة إن خرج من الثلث عُتق كل النصف، وإن لم يكن له مال غيره، عُتق ثلث النصف مجاناً؛ لأن هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة، ويسعى في ثلثي النصف، وهو ثلث الكل.

ولو كانا عبدين فقال: أحدُكُما حُرٌّ، أو مُدَبَّرٌ، يُؤْمَرُ بالبيان، فإنْ مَاتَ قبل البيان ولا مال له غيرهما، والقولُ في الصحة ـ عُتق نصفُ كُلِّ واحدٍ منهما للشيوع، إلا أن الربع من كل واحد منهما يعتق مجاناً من جميع المال؛ لحصوله بالإعتاق الباتّ في حالة الصحة، والربع يعتق من الثلث لحصوله[1] بالتدبير، ويسعى كلُّ واحدٍ منهما في نصف قيمته على كل حال.

ولو قال: أنتما حُرَّانِ أو مُدبَّرانِ، والمسألة بحالها، عتق نصف كل واحد منهما بالإعتاق الباتّ، ونصف كل واحد منهما بالتدبير، وهذا كله إذا كان القول في الصحة، فإن كان في المرض يُعتبر ذلك من الثلث.

(١) في ط: أصوله.

ولو كان لرجل ثلاثة أعبد، فقال: هذا حُرٌّ، أو هذا، وهذا، عُتق الثالث، ويؤمر بالبيان في الأوليين، ولو قال: هذا حر وهذا أو هذا، عتق الأول ويؤمَرُ بالبيان في الآخرين، وكذلك هذا في الطلاق.

ووجه الفرق: أن كلمة«أو» في الفصل الأول دخلتْ بين الأول والثاني، فأوجبت حرية أحدهما غير عين، ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان، فصار كأنه قال: أحدكما حر وهذا، وفي الفصل الثاني أوجب الحرية للأول عيناً، ثم أدخل كلمة «أو» في الثاني والثالث، فأوجبت حرية أحدهما غير عين، فعتق الأول، ويؤمر بالبيان في الثاني والثالث، وهذا بخلاف ما إذا قال: إنْ كلمت هذا أو هذا وهذا فعبدي حر، أنه إن كلم الأول وحده حنث، وإن كلم الثاني والثالث وحده لا يحنث، ما لم يكلمهما جميعاً.

ولو قال: إنْ كلَّمت هذا وهذا أو هذا فعبدي حر، فإن كلم الثالث وحده حنث، وإن كلم الأول أو الثاني وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعاً؛ لأن في الفصل الأول جعل الشرط الحنث كلام الأول وحده أو كلام الثاني والثالث جميعاً؛ لأنه جعل الثالث معطوفاً على الثاني بحرف العطف، فقد أدخل كلمة «أو» بين الأول وحده، وبين الثاني والثالث جميعاً.

وأما في الفصل الثاني فقد جعل شرط الحنث كلام الأول والثاني جميعاً أو كلام الثالث وحده؛ لأنه عطف الثاني على الأول بحرف العطف، وأدخل كلمة «أو» بين الأول والثاني جميعاً، والثالث وحده، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو اختلط حر بعبد؛ كرجل له عبد فاختلط بحرّ، ثم كل واحد منهما يقول أنا حُرٌّ والمولى يقول: أحدكما عبدي، كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله ـ تعالى ـ ما يعلم أنه حر، فإن حلف لأحدهما ونكل للآخر، فالذي نكل له حر دون الآخر، وإنْ نكل لهما فهما حران.

وإن حلف لهما فقد اختلط الأمر، فالقاضي يقضي بالاختلاط، ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شيءٍ، ونصفه بنصف القيمة، وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته؛ كذا ذكره الكرخي.

وكذلك لو كانوا عشرة، فهو على هذا الاعتبار، هذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه، فإن بين فهو على ما بين، فإن لم يبين وقال: لا أدري أيَّهما حُرٌّ، لا يجبر على البيان، ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجاناً ونصفه بنصف القيمة؛ كذلك هٰهنا.

وأما النوع الثاني: وهو ما يتعلق به بعد موت المولى، فهو أن المولى إذا قال لعبديه: أحدكما حر، لا ينوي أحدَهُمَا بعينه، ثم مات قبل الاختيار، عُتق من كل واحدٍ منهما نصفه؛

٢/ ١٨٤أ لأنه وقع اليأس عن البيان/ والاختيار؛ إذ لا يمكنه ذلك بنفسه، وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه، فيشيع العتق فيهما؛ إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر، فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجاناً، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وفصل الشيوع دليل نزول العتق في أحدهما؛ إذ الثابت تشييع، والموت ليس بإعتاق، علم أن الكلام السابق وقع تنجيزاً للعتق في أحدهما، ثم فرق بين هذا الخيار وبين خيار التضمين[1] في باب البيع؛ لأن الوارث هناك يقوم مقام الموت في البيان، وهٰهنا لا.

ووجه الفرق: أن هناك ملك المشتري أحد العبدين مجهولاً؛ إذ كل واحد منهما محل للملك، فإذا مات فالوارث ورث منه عبداً مجهولاً، فمتى جرى الإرث ثبت ولاية التعيين، أما هٰهنا فأحدهما حر، أو استحق الحرية، وذلك يمنع جريان الإرث في أحدهما، فيمنع ولاية التعيين، هذا إذا كان المزاحم له محتملاً للعتق، وهو ممن ينفذ إعتاقه فيه، فأمَّا إذا كان ممن لا ينفذ إعتاقه فيه؛ بأن جمع بين عبده وعبد غيره، فقال: أحدكما حر، لا يعتق عبده إلا بالنية؛ لأن قوله: أحدكما يحتمل كل واحد منهما؛ لأن عبد الغير قابلٌ للعتق في نفسه، ومحتمل لنفوذ الإعتاق فيه في الجملة، فلا ينصرف إلى عبد نفسه إلاً بالنية، وإن كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلاً[2]؛ كما إذا جمع بين عبده وبين بهيمة، أو حائط، أو حجر، فقال: أحدكما حر، أو قال: عبدي حُرٌّ أو هذا وهذا، فإن عبده يعتق في قول أبي حنيفة، نوى أو لم ينو، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق إلاً بالنية، وكذا إذا جمع بين عبده وبين ميت، وقد ذكرنا الكلام في هذه الجملة في «كتاب الطلاق».

وَعَلَىٰ هذا إذا جَمَعَ بَيْنَ عبدِهِ وبين حُرٍّ، فقال: أحدُكما حُرٌّ، أنه لا يعتق عبده إلاً بالنية؛ لأن صيغته صيغة الخير، فيحمل على الإخبار، وهو صادقٌ في إخباره مع ما في الحمل عليه تصحيح تصرفه، وأنه أصل عند الإمكان، فيحمل عليه إلا إذا نوى، فيحمل على الإنشاء بقرينة النية، والحرُّ لا يحتمل إنشاء الحرية، فينصرف إلى العبد، ولو جمع بين عبده ومدبره، فقال: أحدكما حُرٌّ، لا يصير عبده مدبراً إلاً بالنيَّةِ، ويحمل على الإخبار كما في الجمع بين الحر والعبد.

ولو جمع بين عبديه ومدبره، فقال: اثنان منكم مُدَبَّرانِ، صار أحد عبديه مدبراً، ويؤمر بالبيان؛ لأن قوله: «اثنان منكم يُصْرَفُ أحدهما إلى المدبر، ويكون إخباراً عن تدبيره؛ إذ الصيغة للخبر في الوضع، وهو صادق في هذا الإخبار، والآخر يصرف إلى أحد العبدين، فيكون إنشاء للتدبير في أحدهما؛ إذ لا يمكن حمله على الخبر؛ لأنه يكون كذباً فيحمل على

(١) في ط: التعيين.
(٢) في أ: رأساً.

الإنشاء، كأنه قال للمدبر هذا مدبر، وأحد العبدين مدبر، فَيُؤْمَرُ بالبيان؛ كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه: أَحَدُكُمَا مُدَبَّرٌ، فإنْ مَاتَ المولى قبل البيان، انقسم تدبير رقبة بين العبدين نصفين، فيعتق المدبر المعروف من الثلث، ويعتق نصف كل واحد من العبدين من الثلث؛ لأن التدبير وصية، والوصية تعتبر من الثلث، سواء كان في المرض أو في الصحة، وهذا كما لو جمع بين عبدين وحرٍّ، فقال: اثنان منكم حران؛ أنه يصرف أحدهما إلى الإخبار عن حرية أحدهم، والآخر إلى إنشاء الحرية في أحد العبدين لا غير؛ كأنه قال للحر: إن هذا حر، وأحد العبدين حر، فيؤمر بالبيان، فإن مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه؛ لشيوع العتق فيهما؛ كذا هذا، ولو كان له ثلاثة أعبد، دخل عليه اثنان، فقال: أحدكما حر، ثم خرج أحدهما ودخل الآخر، فقال: أحدكما حر، فالكلام في هذه المسألة في الأصل يقع في موضعين.

أحدهما: يتعلق في حال الحياة.

والثاني: يتعلق بحال الموت.

أما الأول: فما دام المولى حَيّاً يُؤْمَرُ بالبيان، ثم إنْ بَدَأَ بالبيان للإيجاب الأول، فإنْ عنى به الخارج، عتق الخارج بالإيجاب الأول، وتبين أن إيجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحاً لوقوعه بين عبدين، فيؤمر بالبيان لهذا الإيجاب، وإن عنى بالإيجاب الأول الثابت، عتق الثابت بالإيجاب الأول، وتبين أن الإيجاب الثاني وقع لغواً لحصوله بين حُرٍّ وعبد في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الكلام الثاني يَنْصَرِفُ إلى الداخل، وهذا غير سديدٍ؛ لأن على قوله إذا جمع بين حر وعبد، فقال: أحدكما حر، ينبغي أن ينصرف إلى العبد، وليس كذلك بالإجماع، وإن بدأ بالبيان للإيجاب الثاني، فإن عنى به الداخل، عتق الداخل عتق بالإيجاب الثاني، وبقي الإيجاب الأول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان، وَإنْ عنى به الثابت، عُتق الثابت بالإيجاب الثاني/ وعُتق الخارج بالإيجاب الأول ٢/ ١٨٤ب لتعيينه للعتق بإعتاق الثابت.

وأما الذي يَتَعَلَّقُ بما بعد الموت، فهٰهنا حالان: حال ما بعد موت [أحد][1] العبدين، وحال ما بعد موت المولى، أما موت [العبد][2]، فإنْ مَاتَ الخارج عتق الثابت بالإيجاب الأول، وتبين أن الإيجاب الثاني وقع باطلاً، وإن مات الثابت عتق الخارج بالإيجاب الأول، والداخل بالإيجاب الثاني، لأن الثابت قد أعيد عليه الإيجاب، فعتقه يوجب تعيين كل واحد

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: العبدين.

منهما للعتق، وَإِنْ مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للإيجاب الأول، فإنْ عنى به الخارج عتق الخارج بالإيجاب الأول، وبقي الإيجاب الثاني بين الداخل والثابت، فيؤمر بالبيان، وإن عنى به الثابت تبين أن الإيجاب الثاني وقع باطلاً.

وأما موت المولى قبل البيان، فإن كان القول منه في الصحة يعتق من الخارج نصفه، ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلافٍ بين أصحابنا.

واختلفوا في الداخل، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يُعتق من الداخل نصفه، وقال محمد: ربعُهُ، أما في مسألة الوفاق، فلأن المولى إن كان عنى بالإيجاب الأول الخارج عتق كله، ولم يعتق به الثابت، وَإِنْ كان عنى به الثابت عتق الثابت كله، ولم يعتق به الخارج، وكل واحد منهما يعتق في حالٍ ولا يعتق في حالٍ، فيتنصف، فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالإيجاب الأول، ثم الثابت بالإيجاب الثاني، يعتق نصفه الباقي في حالٍ ولا يعتق في حالٍ، فيتنصف ذلك النصف، فيعتق ربعه بالإيجاب الثاني، وقد عتق نصفه بالإيجاب الأول، فيعتق ثلاثة أرباعه.

وَأمَّا مسألة الخلاف، فَأمَّا وجه قول محمد فهو أن الإيجاب الثاني يصح في حال ولا يصح في حال؛ لأنه إن كان المولى عنى بالإيجاب الأول الخارج يصح الإيجاب الثاني؛ لأن الثابت يبقى رقيقاً فيقع الإيجاب الثاني؛ جمعاً بين العبدين، فيصح، وإن كان عنى به الثابت لا يصح، لأنه يقع جمعاً بين الحر والعبد، فيلغو فيصح بالإيجاب الثاني في حالٍ ولم يصح في حالٍ، فلا يثبت إلاَّ نصف حرية، فيقسم بين الثابت والداخل، فيصيب كل واحد منهما الربع.

ولهما أن الإيجاب الثاني إنما يدور بين الصحة والبطلان إذا نزل العتق بالإيجاب الأول في غير المعين منهما، ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم، فكان الإيجاب الثاني صحيحاً في الحالين جميعاً، فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الإيجاب نصف حرية، ثم إن كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقي، ولا يعتق الداخل، وإن كان عنى به الداخل عُتق كله، ولا يعتق شيء من النصف الباقي من الثابت، فكل واحد منهما يثبت في حالٍ ولا يثبت في حالٍ، فيتنصف، فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه.

والدليل على أن ما ذكره محمد غير سديد أن الإيجاب الثاني لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة لبطل أصلاً ورأساً؛ لأن من جمع بين حر وعبد، وقال: أحدكما حُرٌّ يبطل أصلاً ورأساً، ومحمد اعتبر الإيجاب الثاني حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل، هذا إذا كان القول منه في الصحة، فإن كان في المرض، فإن كان له مال آخر يخرجون من الثلث أو لا يخرجون، لكن إن أجازت الورثة فكذلك الجواب، وَإن لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم؛ لأن الإعتاق في مرض الموت وصية،

والوصية نفاذها من الثلث، فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته، فوصية الخارج نصف الرقبة، ووصية الثالث ثلاثة أرباع الرقبة، ووصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما، فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فالخارج يضرب بنصف الرقبة، وذلك سهمان، والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة؛ وذلك ثلاثة أسهم، والداخل يضرب بنصف الرقبة، وذلك سهمان فتجمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم، فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا؛ وذلك سبعة أسهم، فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهماً، ضرورة، فيكون جميع المال أحد وعشرين، فصار كل عبد سبعة أسهم، لأن ماله ثلاثة أعبد، وقد صار ماله كله أحد وعشرين سهماً، فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية، فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة، ويسعى في خمسة أسهم، والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة، ويسعى في أربعة أسهم، والداخل يعتق منه سهمان من سبعة، ويسعى في خمسة أسهم كالخارج، وإذا صار سهام الوصايا سبعة، تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة، فاستقام الثلث والثلثان، وهذا التخريج على قولهما.

وَأَمَّا عَلَىٰ قَوْل محمد فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم، فذلك ستة أسهم، فصار ثلث/ المال ستة أسهم، فيكون ثلثاه مثليه؛ وذلك اثني عشر، فيصير جميع المال ثمانية عشر، فصار كل عبد ستة أسهم يخرج منه سهام العتق وسهام السعاية، فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في أربعة أسهم، ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في ثلاثة، ويعتق من الداخل سهمٌ واحد ويسعى في خمسة أسهم، فصار للورثة اثني عشر، ولأصحاب الوصايا ستة، فاستقام الثلث والثلثان، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم. ٢/ ١٨٥أ

وأما الجهالة الطارئة بأنْ أضَافَ صيغة الإعتاق إلى أحدهما بعينه ثم نسيه، فالكلام في هذا الفصل أيضاً في موضعين:

أحدهما: في كيفية هذا التصرف.

والثاني: في الأحكام المتعلقة به، أما الأول فلا خلاف في أنَّ أَحَدَهُمَا حُرٌّ قبل البيان؛ لأن الصيغة أضيفت إلى معين، والمعين محل لنزول العتق فيه، فكان البيان في هذا النوع إظهاراً وتعييناً لمن نزل فيه العتق.

وأما الثاني: فالأحكام المتعلقة به ضربان أيضاً؛ ضرب يتعلق به في حال حياة المولى، وضرب يتعلق به بعد موته.

أما الأول: فنقول إذا أعتق إحدى جاريتيه بعينها ثم نسيها، أو أعتق إحدى جواريه العشرة بعينها ثم نسي المعتقة[1]، فإنه يمنع من وطئهن واستخدامهن؛ لأن واحدة منهن حرة بيقين،

(١) في أ: المعينة.

فَكُلُّ واحدة يحتمل أن تكون هي الحرة، ووطء الحرة من غير نكاحٍ حرام، فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة، فيمنع من ذلك صيانةً عنِ الحرام.

والأصل في هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد ـ رضي الله عنه ـ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أَلاَ إِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمى، وَإِنَّ حِمَىٰ اللَّهِ مَحَارِمُهُ، فَمَنْ حَامَ حَوْلَ الحِمَىٰ يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ**»[1] ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحري لما ذكرنا في «كتاب الطلاق»، فلو أنه وطيء واحدة منهن، فحكمه نذكره هنا، والحيلةُ في أن يباح له وطؤهن أن يعقد عليهن عقد النكاح، فتحلُّ له الحرةُ منهن بالنكاح والرقيقةُ بملك اليمين.

ولو خاصم العبدان المولى إلى القاضي وَطَلَبَا منه البيان، أمره القاضي بالبيان، ولو امتنع حبسه ليبين؛ كذا ذكره الكرخي؛ لأن أحدهما حر بيقين، والحريةُ حقهُ، أو له فيها حق، ولكل صاحب حق أن يطلب حَقَّه، وإذا امتنع من الإيفاء يجبر عليه.

ولو ادعى كل واحد منهما أنه هو الحر، ولا بينة له، وجحد المولى فطلبا يمينه، استحلفه القاضي لكل واحد منهما بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ ما أعتقه، لأن الاستحلاف لفائدة النكول، والنكول بذل أو إقرارٌ، والعتق يحتمل كل ذلك، ثم إن نكل لهما، عُتقا؛ لأنه بذل لهما الحرية أو أقر بها لهما، وإن حلف لهما يؤمر بالبيان؛ لأن أحدهما حُرٌّ بيقينٍ، وحريته لا ترتفع باليمين، وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد في الطلاق يكون ذلك رواية في العتاق، وهو أنهما إذا استحلفا فحلف المولى للأول، يعتق الذي لم يحلف له؛ لأنه لما حلف للأول: والله ما أعتقه، فقد أقر برقه، فيتعين الآخر للحرية، كما إذا قال ابتداءً لأحدهما عيناً: هذا عبد، وَإن لم يحلف له عُتق هو؛ لأنه بذل له الحرية أو أقر، وإن تَشَاحَّا في اليمين، حلف لهما جميعاً بالله ـ عزَّ وجلَّ ـ ما أعتق واحداً منهما، فإن حلف لهما، فإن كانا أمتين يحجب عنهما[2] حتى يبين لما ذكرنا أن حرمةَ[3] إحداهما لا ترتفع بالحلف.

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أن المولى لا يجبر على البيان في الجهالة الطارئة إذا لم يتذكر، لما فيه من استرقاق الحرّ؛ لأن أحدهما حرٌّ بيقين بخلاف الجهالة الأصلية؛ لأن ثمة الحرية غير نازلة في المحل في أصح القولين، فلم يكن في البيان استرقاق الحر، ثم البيان في هذه الجهالة نوعان: نَصٌّ ودلالَةٌ، أو ضرورة، أما النص: فنحو أن يقول المولى لأحدهما عيناً: هذا الذي كنت أعتقته ونسيت.

وأما الدلالة، أو الضرورة: فهي أن يقول أو يفعل مل يدل على البيان؛ نحو أن يتصرف

(١) تقدم تخريجه وهو حديث «الحلال بين والحرام بين».

(٢) في ط: منهما.

(٣) في ط: حرية.

في أحدهما تصرفاً لا صحة له بدون الملك؛ من البيع، والهبة، والصدقة، والوصية، والإعتاق، والإجارة، والرهن، والكتابة، والتدبير، والاستيلاد إذا كانتا جاريتين؛ لأن هذه التصرفات لا صحة لها إلا في الملك، فكان إقدمه دليل اختياره الملك في التصرف فيه، وتعين الآخر للعتق.

وكذا إذا كانا أمتين فوطىء إحداهما عتقت الأخرى بلا خلاف؛ لأن إحداهما حرة بيقين، فكان وطء إحداهما تعييناً لها للرق، والأخرى للعتق، وتعيين الأخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم، بخلاف الجهالة الأصلية على أصل أبي حنيفة؛ لأن العتق غير نازل في إحداهما، فكانت كل واحدة منهما حلال الوطء.

وإن كن عشراً فوطىء إحداهن تعينت الموطوءة للرق؛ حملاً لأمره على الصلاح، وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة أو ضرورة، فيتعين البيان نصاً أو/ دلالة. ٢/ ١٨٥ب

وكذا لو وطىء الثانية والثالثة إلى التاسعة، فتتعين الباقية وهي العاشرة للعتق؛ لأن فعله يحمل على الجواز، ولا جواز له إلا في الملك، فكان الإقدام على وطئهن تعييناً لهن للرق والباقية للعتق، أو تتعين الباقية ضرورة، والأحسن أن لا يطأ واحدة منهن، لاحتمال أن تكون الموطوءة هي الحره، فلو أنه وطىء فحكمه ما ذكرنا.

ولو ماتت واحدة منهن قَبْلَ البيانِ، فَالأحسَنُ أنْ لا يطأ الباقيات قبل البيان؛ لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن، فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز؛ لأن فعل المسلم العدل محمولٌ على الجواز ما أمكن، وأمكن هٰهنا؛ بأن يحمل على أنه قد نذكر أن المعتقة منهن هي الميتة، لأن البيان في هذا النوع من الجهالة إظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الأصل، فلم تكن الحياة شرطاً لمحلية البيان، وكان إقدامه على وطئهن تعييناً للميتة للعتق، والباقيات للرق دلالة أو تتعين الباقيات للرق ضرورة، بخلاف الجهالة الأَصلية إذا ماتت واحدة منهن، أن الميتة لا تتعين للحرية؛ لأن الحرية هناك غير نازلة في إحداهن، وإنما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصوراً عليه، والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار، فهو الفرق.

ولو كانت أمتين[1] فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق؛ لأن الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين، فلا تتعين الأخرى للعتق ضرورة، فوقف تعيينها للعتق على البيان نصّاً أو دلالة؛ إذ الميتة لم تخرج عن كونها محّلاً للبيان، إذ البيان في هذا النوع إظهار وتعيين، بخلاف النوع الأول في أصح القولين.

(١) في ط: اثنتين.

ولو قال المولى هذا مملوكٌ وأشار إلى أحدهما، يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة، ولو باعهما جميعاً صفقة واحدة، كان البيع فاسداً؛ لأنه باع حراً عبداً صفقة واحدة، ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن، وكذا لو كانوا عشرة فباعهم صفقة واحدة، ويفسخ البيع في الكل، ولو باعهم على الانفراد جاز البيع في التسعة، ويتعين العاشر للعتق؛ كذا ذكر الكرخي؛ لأن بيع كل واحد منهم اختياره إياه للرق، ويتعين الباقي للعتق دلالة، أو يتعين ضرورةَ عدم المزاحم.

كما لو وطىء عشرة نفر لكل واحد منهم جارية، فأعتق واحد منهم جاريته ولا يعرف المعتق، فلكل واحد منهم أن يطأ جاريته وأن يتصرف فيها تصرف الملاك؛ لأن الجهالة تمكنت في الجانبين جميعاً؛ المعتِقُ والمعتَقُ، فوقع الشك في الطرفين، فلا يزال اليقين بالشك، بخلاف ما إذا كانت الجواري لواحد فأعتق واحدة منهن ثم نسيها ـ أنه يمنع من وطء الكل؛ لأن الجهالة هناك لم تقع إلا في أحد الجانبين، فلم يقع الشك إلا في أحد الجانبين، إذ المعتق على يقين من حرية إحداهن، وكل واحدة تحتمل أن تكون هي الحرة، فيمنع من وطئهن، ولو دخل الكل في ملك أحدهم، صار كأن الكل كن في ملكه، فأعتق واحدة منهن ثم جهلها.

وأما الثاني: فهو أن المولى إذا مات قبل البيان يعتق من كل واحدة منهما نصفه مجاناً بغير شيءٍ، ونصفه بالقيمة، فتسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للورثة؛ لما ذكرنا في الجهالة الأصلية، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل فيما يظهر به حكمه

وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيئان:

أحدهما: الإقرار.

والثاني: البينة.

أما الأول فلا شك أن الإقرار مِنَ المولى بإعتاق عبده يظهر به العتق، لأن الظاهر أن الإنسان لا يقر على نفسه كاذباً، فيصدق في إقراره على نفسه، ولا يقبل على غيره؛ لكونه شهادة على الغير، وشهادة الفرد غير مقبولة، ولو أقر بحرية عبد غيره، ثم اشتراه، عتق عليه لأن إقراره على نفسه مقبولٌ ولا يقبل على غيره؛ لكونه شهادة على الغير، وشهادةُ الفرد غير مقبولة، فإذا اشتراه فقد زال المانع من تقييده في حقه، فيعتق عليه.

وأما البينة: فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف في أنها تقبل على عتق المملوك إذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى، سواء كان المملوك عبداً أو جارية، فأما إذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضاً منكر، فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه؟

فإن كان المملوك جارية تقبل بالإجماع، وَإن كان عبداً لا تقبل في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: تقبل، مِنْ أصحابنا مَنْ حمل[(١)] المسألة على أنَّ عِتق العبد حق العبد عند أبي حنيفة، والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعاويهم؛ كالأموال وسائر حقوق العباد، وعندهما هي حق الله ـ تعالى ـ، والشهادة على حقوق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ مقبولة من غير دعوى أحد؛ كالشهادة على إعتاق الإنسان أمته وتطليقه امرأته، والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله ـ عزَّ وجلَّ ـ من الزنا والشرب والسكر، إلا السرقة، فإن شرط فيها الدعوى لتحقق السبب؛ إذ لا يظهر/ كون الفعل سرقة شرعاً بدون الدعوى لما نذكر في «كتاب السرقة» فنتكلم في المسألة بناء وابتداء.

أما البناء: فوجه قولهما إن في الإعتاق تحريم الاسترقاق، وحرمة الاسترقاق حق الله ـ تعالى ـ، قال النبي ﷺ: **«ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ وَمَنْ كُنتُ خَصْمُهُ، خَصَمْتُهُ يَوْمَ القِيَامَةِ»**[(٢)] وذكر في جملتها: **«رَجُلاً بَاعَ حُرّاً وَأَكَلَ ثَمَنهُ»**، وكذا يتعلق به أهلية وجوب حقوق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات، فثبت أن العتق حق الله ـ تعالى ـ فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه؛ كما في عتق الأمة وطلاق المرأة، وكما في الحدود الخالصة؛ وكذا الأحكام تَدُلُّ على أنَّ الدعوى ليست بشرطٍ، فإن الشهادة على حرية الأصل للعبد تقبل من غير دعواه.

وَكَذَا الشهادة على نسب صبي صغير من رجلٍ وأنكر الرجل؛ وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران؛ وكذا التناقض في العتق لا يمنع صحة الدعوى؛ بأن قال عبد لإنسان اشترني، فإني عبدُ فلانٍ، فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الأصل، تُسمع دعواه، ولو كانت الدعوى فيه شرطاً لكان التناقض مانعاً من صحة الدعوى؛ كما في سائر الدعاوى.

ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق، والعتق في عرف اللغة والشرع: اسم لقوةٍ حكمية تثبت للعبد تندفع بها يد الاستيلاء والتملك عنه، والقوة حقه؛ إذ هو المنتفع بها مقصوداً.

---

(١) في أ: بنى.

(٢) أخرجه البخاري (٤/٤٨٧) كتاب البيوع: باب إثم من باع حراً حديث (٢٢٢٧)، و(٤/٥٢٣) كتاب الإجارة: باب إثم من منع أجر الأجير حديث (٢٢٧٠) وابن ماجه (٢/٨١٦) كتاب الرهون: باب أجر الأجراء حديث (٢٤٤٢) وأحمد (٢/٣٥٧) والبيهقي (٦/١٢١) كتاب البيوع باب إثم من منع الأجير أجره، والبغوي في «شرح السنة» (٤/٤٠١) كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً.
وأخرجه ابن حبان (١٦/٣٣٣) كتاب أخباره ﷺ عن مناقب الصحابة: باب «ذكر وصف أقوام يكون خصمهم في يوم القيامة رسول الله ﷺ» رقم (٧٣٣٩)، وأحمد (٢/٣٥٨)، وابن الجارود في «المنتقى» (١٤٩) رقم (٥٧٩).

ألا ترى أن هو الذي يتضرر بانتفائها مقصوداً بالاسترقاق، وكذا التحرير إثبات الحرية، والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبيء عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك، وذلك حقه لأنه هو المنتفع به دون غيره مقصوداً، وحق الإنسان ما ينتفع به[1]، دون غيره، فإذا ثبت أن العتق حق العبد، فالشهادة القائمة على عتق[2] العبد لا تقبل من غير دعواه؛ كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المشهود به إذا كان حقّاً للعبد كان العبد مشهوداً له، فإذا أنْكَرَ فقد كذب شهوده، والمشهود له إذا أكذب شهوده لا تقبل شهادتهم له.

والثاني: أن إنكار المشهود له حقه مع حاجته إلى استيفاء حقه لينتفع به يوجب تهمة في الشهادة؛ لأن المشهود به لو كان ثابتاً لتبادر إلى الدعوى ولا شهادة لمتهم.

وأما قوله في إعتاق تحريم الاسترقاق، فنقول الإعتاق لا ينبيء عن ذلك، وإنما ينبيء عن إثبات القوة والخلوص على ما بينا، وذلك حقه، ثم إذا ثبت حقه بالإعتاق حرم الاسترقاق؛ لما فيه من إبطال حقه، وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ.

ألا ترى أن سائر الحقوق الثابتة للعباد يحرم إبطالها، ولا يدل على أن حرمة إبطالها حق الله ـ تعالى ـ، على أنا إن سَلَّمْنَا أن في العتق حق الله ـ تعالى ـ، فالمقصود حاصلٌ؛ لأنه من حيث إنه حق الله ـ تعالى ـ تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد، ومن حيث إنه حق العبد لا تقبل، فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول، فلا تقبل مع الشك، ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف، وإن كان حد القذف حق الله ـ تعالى ـ من وجهٍ وحق العبد من وجهٍ؛ كذا هٰهنا.

وأما الأحكام: فأما عتق الأمة، فثمة هكذا لقول إن تلك الشهادة لا تقبل على العتق من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد، وإنما تقبل من حيث إن عتق الأمة حق الله ـ تعالى ـ على الخلوص من حيث إنه سبب لتحريم الفرج، ووسيلة إليه، والشيء من حيث التسبب والتوسل غير، ومن حيث الذات غير كما قلنا في كفر المحارب؛ أنه يوجب القتل من حيث إنه سبب للحراب، لا من حيث ذاته، بل ذات الكفر غير موجب؛ لأنهما غيران؛ كذا هذا.

ألا ترى أنه ينفصل أحدهما عن الآخر، فإن العتق قد لا يكون وسيلة إلى تحريم الفرج وهو عتق العبد، ثم متى قبلت على العتق من حيث إنه سبب حرمة الفرج، تقبل من حيث ذات العتق، وكذا في طلاق المرأة من غير دعواها، وليس للعتق في محل النزاع سببية تحريم

---

(١) في ط: هو. (٢) في أ: حق.

الفرج، [فلو قبل لقبل على ذات العتق][١]، ولا وجه إليه لما بينا، فإن قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الأمة والطلاق لا يصح؛ لأن الشهادة على عتق الأمة المجوسية والأخت من الرضاعة مقبولةٌ من غير دعوى، وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج؛ لأن الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك؛ وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف إلى الملك يُقبل من غير دعوى، ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج.

فالجواب: أنَّ مِنْ أصْحَابِنَا مَنْ يمنع المسألتين الأوليتين، فقالوا/ ٢/١٨٦ب: لا تقبل [هذه][٢] الشهادة فيهما من غير دعوى؛ لأنها لا تتضمن تحريم الفرج، ومنهم مَنْ سلم مسألة المجوسية ومنع مسألة الأخت من الرضاعة، وفرق بينهما من حيث إن وطء الأمة المجوسية مملوك للمولى، وإنما منع من الاستيفاء لخبثها؛ كما يمنع من الوطء حالة الحيض، ولهذا لو وطئها لا يسقط إحصانه، وبعد العتق لو وطئها يسقط إحصانه، فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج، فقبلت من غير دعوى، فأما الأخت من الرضاعة فحرامُ الوطء حقيقةً، حتى لو وطئها يسقط إحصانه مع قيام ملك اليمين، والمعتبر في الباب تحريم الفرج لا الأنوثة، والشهادة [على حرية الأصل على هذا الاختلاف والشهادة][٣] على النسب قطُ لا تقبل من غير دعوى، وفيما ذكر من المسألة وهي ما إذا كان صغيراً فلا تقبل عند أبي حنيفة، ما لم ينصب القاضي خصماً غير الصغير ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعاً؛ نظراً للصغير العاجز عن إحياء حقه بنفسه، والقاضي نصب ناظراً المسلمين، وكان ذلك شهادة على خصم.

وأما الاستيلاد فهو سبب لتحريم الفرج والدعاوى في الجملة؛ لأنه يوجب حقيقة الحرية عند الموت، والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب الحرية، فكان الاستيلاد في الحال سبباً لثبوت الحرية، فكان سبباً لحق الله ـ تعالى ـ في الحال، فيقام السبب مقام الحقيقة في حق التحريم احتياطاً، وهو الجواب عن الطلاق الرجعي، والطلاق المضاف إلى الحرية ثمة ثبت في الجملة أيضاً عند وجود زوال الحل، فيعتبر السبب قائماً مقام المسبب في حق الحرمة احتياطاً.

وأما الابتداء فوجه قولهما أنَّ عدالة الشاهد دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر، فيثبت المشهود به ظاهراً، والقاضي مكلف بالقضاء بالظاهر، فكان ينبغي أن لا نشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلاً، ولهذا لم تشترط في عتق الأمة وطلاق المرأة وأسباب الحدود، إلاَّ أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالإجماع، فيقتصر على مورد الإجماع.

(١) في أ: فلو قبلت لقبلت من حيث ذات العتق.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.

وجه قول أبي حنيفة أن خبر مَنْ ليس بمعصوم عن الكذب محتملُ الكذب، فلا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به، والأصل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به، وبما ليس بثابت قطعاً؛ لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء:٣٦] وأنه اسم للثابت قطعاً.

وقوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالحَقِ﴾ [ص:٢٦] والحقُّ اسمٌ للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، فكان ينبغي أن لا يجوز القضاء به أصلاً، إلا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد إلى دفع الفساد، وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى، والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا؛ كما في حد الزنا وعتق الأمة وطلاق المرأة، أو لدفع فساد السكر في حد الشرب[1] والسكر، فَأُلْحِقَ المحتملُ بالمتيقن، أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال؛ دفعاً للفساد فبقي الحكم فيما وراء ذلك على الأصل.

وعلى هذا شاهدان شَهِدَا على رجلٍ أنه أعتق أحد عبديه، والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما، فإن شهدا في حال حياة المولى وصحته، لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة، وعندهما: تقبل، لأن الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده، والمدعي مجهولٌ، فجهالة المدعي منعته صحة الدعوى، فامتنع قبول الشهادة، وعندهما الدعوى ليست بشرط، فجهالة المدعي لا تكون أقل من عدم الدعوى، فلا تمنع قبول الشهادة، فتقبل ويجبر على البيان، وإن شهدا بعد وفاته على أنه أعتق أحدهما في حال صحته فهو على هذا الخلاف، وإن شهدا على ذلك وهو مريضٌ فمات، أو شهدا بعد موته؛ على أنه قال ذلك في المرض، لا تقبل في قياس قول أبي حنيفة، وفي الاستحسان تُقبل، ولا خلاف في أنهما إذا شَهِدَا على أنه طلق إحدى امرأتيه تُقبل، ويخير فيختار طلاق إحداهما.

وجه قياس قول أبي حنيفة ما ذكرنا أن الدعوى شرط والمدعي مجهول.

وجه الاستحسان: أن المدعي هٰهنا معلوم، لأن الإعتاق في مرض الموت وصية، والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصي، فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له، فكان المدعي معلوماً، فجازت الشهادة له، بخلاف حال الصحة؛ فإن الشهادة هناك وقعت لأحد العبدين، فكان المدعي[2] مجهولاً، فلم تجز الشهادة، ولأن المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعاً، فصار كُلُّ واحدٍ منهما خصماً في حق نفسه متعيناً، فتقبل الشهادة، بخلاف حال الحياة والصحة.

---

(١) في ط: الشارب. (٢) في ط: المشهود له.

وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسألة في الأمتين بأنْ شَهِدَا بأنه أَعتق إحدى أمتيه/ ـ ٢/ ١٨٧أ أنها لا تقبل؛ لأَن انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الأمة لكونه سبباً لحرمة الفرج، وهي حق الله ـ تعالى ـ ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة، فكان الجواب في العبدين والأمتين هٰهنا عنده على السواء، بخلاف ما إذا شهدا على أنه طلق إحدى امرأتيه، أنها تقبل؛ لأنها قامت على سبب حرمة الفرج، والدعوى فيها ليست بشرط.

ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلاناً، لم تجز شهادتهما، لأن المدعى عليه مجهول، ولو شهدا أنه اعتق عبداً له وسماه ونسياه أن الشهادة باطلةٌ لأن الشاهد إذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته، ولو شهدا أنه أعتق عبده سالماً، ولا يعرفان سالماً، وله عبد اسمه سالم، ليس له غيره، تقبل شهادتهما، ولو شهدا به في البيع لا تقبل.

ووجه الفرق: أن البيع لا يحتمل الجهالة أصلاً، والعتق يحتمل ضرباً من الجهالة؛ ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدين، ويجوز إعتاق أحد العبدين، ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق، لم تجز شهادتهما، لأنهما شهدا بعقدين، كُلُّ عقدٍ لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، ولم يوجد.

والأصل فيه: أنه إذا اختلفت شهادة الشاهدين، فإن كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلاً، وإن كان في دعوى المال، ففيه تفصيل ووفاق واختلاف، نذكر ذلك كله في «كتاب الشهادات» إن شاء الله تعالى، والله ـ عز وجل ـ أعلم.

كتاب التدبير[1]

الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في «كتاب العتق»، وهو بيان ركن التدبير، وبيان شرائط الركن، وبيان صفة التدبير، وبيان حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه، وبيان ما يظهر به التدبير.

فصل في بيان ركن التدبير

أما الأول: فركن التدبير، وهو اللفظ الدال على معنى التدبير لغةً، وهو إثبات العتق عن دبر، ثم إثبات العتق عن دبر نوعان: مطلق، ومقيد.

أما المطلق، فهو: أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقاً، وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ؛ مثل أن يقول: أنت مدبرٌ، أو دبرتك، وقد تكون بلفظ التحرير والإعتاق، نحو أن يقول: أنت حرٌّ بعد موتي، أو حررتك بعد موتي، أو أنت معتق أو عتيق بعد موتي، أو أعتقتك بعد موتي[2].

وكذا إذا قال: أنت حر عند موتي، أو مع موتي، أو في موتي، هو بمنزلة قوله: بعد موتي؛ لأن (عند) كلمة حضرة، فعند الموت يستدعي وجود الموت، فيكون موته بمعنى

---

(١) قَالَ الْقُتَيْبِيُّ: التَّدْبِيرُ مَأْخُوذٌ مِنَ الدُّبُرِ؛ لأَنَّهُ عِتْقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْمَوْتُ: دُبُرُ الْحَيَاةِ، قِيلَ: مُدَبَّرٌ، وَلِهَذَا قَالُوا: أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ، أَيْ: بَعْدَ الْمَوْتِ.
ينظر: نظم المستعذب (٢/ ١٠٩) والمطلع (ص ـ ٣١٥) والاختيار ٤/ ٢٨.

(٢) وجملة ذلك أنّه إذا عَلّقَ صَرِيحَ العِتْقِ بالموتِ، فقال: أنتَ حُرٌّ، أو مُحَرَّرٌ، أو عَتِيقٌ، أو مُعْتَقٌ، بعدَ مَوْتِي. صار مُدَبَّراً بلا خِلافٍ نَعْلَمُه. فأمّا إن قال: أنتَ مُدَبَّرٌ، أو قد دَبَّرْتُكَ. فإنَّه يَصِيرُ مُدَبَّراً بنفسِ اللَّفْظِ، من غيرِ افْتِقارٍ إلى نِيَّةٍ. وهذا مَنصوصُ الشَّافعيِّ. وقال بعضُ أصْحابِه: فيه قولٌ آخَرُ، أنَّه ليس بصَرِيحٍ في التَّدْبِيرِ، ويَفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ؛ لأنَّهما لَفظانِ لم يَكْثُرِ اسْتِعْمالُهما، فافْتَقَرَ إلى النِّيَّةِ، كالكِنَاياتِ. ولَنا، أنَّهما لَفظانِ وُضِعَا لهذا العَقْدِ، فلم يَفْتَقِرْ إلى النِّيَّةِ، كالبَيْعِ، ويُفارِقُ الكِنَاياتِ؛ فإنَّها غيرُ موضوعة له، ويشاركهما فيه غيرها، فافتقرت إلى النية للتعيين، ويرجح أحَد المُحْتمِلَيْن، بخِلافِ المَوْضوعِ.
ينظر: المغني ١٤/ ٤١٣.

الشرط، وجمع للمقارنة، ومقارنة الشيء يقتضي وجودهما، و(في) للظرف، فإذا دخل ما لا يصلح ظرفاً يجعل شرطاً؛ كما إذا قال لعبده: أنت حر في دخولك الدار.

وقد يكون بلفظ اليمين، بأن يقول: إن مت فأنت حر، أو يقول: إذا مت أو متى مت أو متى ما مت أو إن حدث بي حَدَثٌ [أو إذا حدث][(١)] أو متى حدث بي، لأنه علق العتق بالموت مطلقاً، وكذا إذا ذكر في هذه الألفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك.

ولو قال: إن مات فلان فأنت حر، لم يكن مدبراً؛ لأنه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته، فلم يكن هذا تدبيراً، بل كان تعليقاً بشرط مطلق، كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار، وكلام زيد، وغير ذلك.

وقال أبو يوسف: لو قال: أنت حر إن مت، أو قتلت، فليس بمدبر، وقال زفر: هو مدبر؛ لأنه علق عتقه بالموت، وأنه كائن لا محالة، ولأبي يوسف إن علق بأحد الأمرين فلا يصير مدبراً، كما لو قال: إن مت أو مات زيد.

ولو قال: إن مت وفلان فأنت حر، أو قال: أنت حرٌّ بعد موتي وموت فلان، أو قال: بعد موت فلان وموتي - لم يكن مدبراً إلاَّ أن يموت فلان قبله، فيصير حينئذٍ مدبراً، وإنما لا يصير مدبراً للحال؛ لأنه يحتمل أن يموت المولى أولاً، فلا يعتق؛ لأنه على العتق بشرطين بموته وموت فلان، فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثاً، فبعد ذلك إن مات فلان ووجد الشرط الآخر فإنما وجد بعدما انتقل الملك إلى الورثة، ويحتمل أن يموت فلانٌ فيصير مدبراً، ويعتق بموت المولى، فكان هذا كالتدبير المقيد، ثم ينظر إن مات المولى أولاً، فقد صار العبد ميراثاً للورثة لما بينا.

وإن مات فلان أولاً فقد صار مدبراً، لأن التدبير صار مطلقاً، وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى، ثم استشهد في الأصل، فقال: ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كلامك فلاناً وبعد موتي، فكلم فلاناً كان مدبراً.

وكذلك قوله إذا كلمت فلاناً فأنت حر بعد موتي، فكلمه صار مدبراً، لأنه بعد الكلام صار التدبير مطلقاً، فكذا هذا.

وقد يكون بلفظ الوصية، وهو أن يوصي لعبده بنفسه أو برقبته أو بعتقه، أو يوصيه بوصية، يستحق من جملتها رقبته أو بعضها؛ نحو أن يقول له: أوصيتك بنفسك، أو برقبتك،

---

(١) سقط من ط.

أو بعتقك، أو كل ما يعبر به عن جملة البدن؛ لأن الموصي يزيل ملكه بالوصية، ثم إن كان الموصى له ممن يحتمل الملك، يزول الملك إليه، وإلا فيزول لا إلى أحد، والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة، فكانت الوصية له بنفسه إزالة الملك، لا إلى أحد، وهذا معنى الإعتاق، فهذا الطريق جعل بيع نفس العبد وهبتها له إعتاقاً، كذا هذا، فيصير في معنى قوله: أنت حر بعد موتي.

وكذا لو قال له: أوصيت لك بثلث مالي، لأن رقبته من جملة ماله، فصار موصى له بثلثها، ولأن هذا إزالة الملك من الثلث لا إلى أحد، فيكون إعتاقاً.

وروى بشر عن أبي يوسف فيمن أوصى لبعده بسهم من ماله: أنه يعتق بعد موته، ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق.

ووجه الفرق: أنَّ السَّهْمَ عِبَارَةٌ عن السدس، فإذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية، فأما اسم الجزء، فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة، فكان الخيار فيه إلى الورثة، فلهم التعيين فيما شاء، والله ـ عز وجل ـ أعلم.

وأما المقيد فهو: أن يعلق عتق عبده، بموته موصوفاً بصفة أو بموته، وشرط آخر نحو أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو في سفري هذا، فأنت حر، أو يقول: إن قتلت فأنت حر، أو إن غرقت فأنت حر، أو إن حدث بي حدث من مرضي هذا أو من سفري هذا فأنت حر، ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة، ويحتمل أن لا يكون، وكذا إذا ذكر مع موته شرطاً آخر يحتمل الوجود والعدم، فهو مدبر مقيد، وحكمه يذكر في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لو قال: إذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر، فليس بمدبر، يريد به في حق الأحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة المدبر، لأنه علق العتق بالموت، وبمعنى آخر فلم يكن مدبراً مطلقاً، فإن مات وهو في ملكه، استحسنت أن يعتق من الثلث.

والقياس ألا يعتق، كما لو قال: إذا مت فدخلت الدار فأنت حر، فمات المولى فدخل العبد الدار، أنه لا يعتق، كذا هذا؛ لكنه استحسن، وقال: يعتق من الثلث؛ لأنه علق العتق بالموت وبما هو من علائقه، فصار كما لو علقه بموت نصفه، فكان حكمه حكم المدبر المفيد؛ بخلاف قوله: إذا مت فدخلت الدار؛ لأن دخول الدار لا تعلق له بالموت، فلم يكن تعليقاً بموت نصفه، فلم يكن تدبيراً أصلاً، بل كان يميناً مطلقاً، فبطل بالموت كسائر الأيمان،

ثم التدبير قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً بشرطٍ [وقد يكون مضافاً إلى شرط][(١)].

أما المطلق فما ذكرنا، وأما المعلق فنحو أن يقول: إن دخلت الدار، أو إن كلمت فلاناً، أو إذا قدم زيد، فأنت مدبر[(٢)]، لأن التدبير إثبات حق الحرية، وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط، فكذا في حق التدبير.

وذكر محمد في الأصل إذا قال: أنت حر بعد موتي إن شئت، فإن نوى بقوله «إن شئت» الساعة، فشاء العبد في ساعته تلك، صار مدبراً، لأنه علق التدبير بشرط وهو المشيئة، وقد وجد الشرط فيصير مدبراً، كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت مدبر.

وإن عنى به مشيئته بعد الموت، فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى؛ لأنه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت، فإذا وجد قبله لا يعتبر، فإن مات المولى فشاء عند موته، فهو حر من ثلثه؛ كذا ذكره في الأصل.

وذكر الحاكم في مختصره: أنَّ المراد منه أن يعتقه الوصي، أو الوارث، لأن العتق ههنا لم يتعلق بالموت، وإنما تعلق به وبأمرٍ آخر بعده، فيصير بمنزلة الوصية بالإعتاق، فيجب أن لا يعتق ما لم يعتق، وكذا ذكر الجصاص أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا.

وروى ابن سماعة وعيسى بن أبان وأبو سليمان، عن محمد فيمن قال لرجل: إذا مت فأعتق عبدي هذا إن شئت، أو قال: إذا مت فأمر عبدي هذا بيدك، ثم مات، فشاء الرجل عتقه في المجلس أو بعد المجلس، فله أن يعتقه، لأن هذا وصية بالإعتاق، والوصايا لا يتقيد القبول فيها بالمجلس.

وكذا إن قال: عبدي هذا حرٌّ بعد موتي إن شئت، فشاء بعد موته في المجلس، أو بعد المجلس، فقد وجبت الوصية، لما ذكرنا أنَّ الوصيةَ لا يتقيد قبولها بالمجلس، ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصي أو القاضي، وهذا يؤيد قول الحاكم والجصاص؛ لأنه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد، وههنا علق بمشيئة الأجنبي.

وكذلك لو قال لعبده: أنت حر إن شئت بعد موتي فمات المولى، وقام العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت المولى، أو أخذ في عمل آخر، فإن ذلك لا يبطل شيئاً مما جعله إليه، لما ذكرنا أن هذا وصية بالإعتاق، وليس بتمليك والوصية لا يقف قبولها على المجلس.

وأما المضاف إلى وقت، فنحو أن يقول: أنت مدبر غداً، أو رأس شهر كذا، فإذا جاء

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: حر.

الوقت صار مدبراً؛ لأن التدبير إثبات حق الحرية، فيحتمل الإضافة، كإثبات حقيقة الحرية، ولهذا احتمل التعليق بالشرط، كذا الإضافة.

٢/١٨٨أ وقد روى/ بشر عن أبي يوسف فيمن قال لعبده: أنت حرٌّ بعد موتي بشهرٍ، فليس بمدبرٍ، ولا يعتق إلا أن يعتق.

وروى ابن سماعة عن محمد أن قال: القياس أن يكون باطلاً، ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر، دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه.

ووجه القياس ما ذكرنا أنه لما علق العتق بمضي شهر بعد الموت، فكما مات انتقل الملك فيه إلى الورثة، ولم يبق إلا مضي الزمان وهو الشهر، فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل، إلا أنهم استحسنوا، فجعلوه وصية بالإعتاق؛ لأن تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن، وأمكن حمله على الوصية بالإعتاق بعد مضي شهر بعد الموت، فيحمل عليها.

ولو قال: أنت حرٌّ قبل موتي بشهر، فليس بمدبر، لأنه ما أضاف العتق إلى الموت أصلاً، بل أضافه إلى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت التكلم، وهذا أيضاً يحتمل الوجود والعدم، لجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام، فلا يكون مدبراً للحال، وإذا مضي شهر قبل موت المولى وهو في ملكه، ذكر الكرخي في مختصره أنه مدبر في قول أبي حنيفة وزفر، وعند أبي يوسف ومحمد: ليس بمدبر، وعلل القدوري لأبي حنيفة أنه لما مضي شهر صار كأنه قال: عند مضي الشهر أنت حر بعد بموتي.

وذكر في الجامع أنه لا يكون مدبراً، ويجوز بيعه، ولم يذكر الخلاف، وهو الصحيح، أما على قول أبي حنيفة، فلأن المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى، وهٰهنا ما أضاف العتق إلى الموت أصلاً، بل أضافه إلى أول الشهر، وكذا حكمه عند أبي حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند إليه، والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا يستند، وبهذا تبين أن ما ذكره القدوري من التعليل لأبي حنيفة غير سديد.

وأما على وقولهما: فقد ذكر في النوادر أن عندهما يصير مدبراً مطلقاً، ووجهه أنه لما مضي الشهر ظهر أن عتقه تعلق بمطلق موت المولى، فصار كأنه قال: عند مضيه أنت حر بعد موتي، فصار مدبراً مطلقاً.

وأما على ظاهر الرواية منهما، فلا يصير مدبراً؛ لأنه ما علق عتقه بالموت، بل بشهر ومتصل بالموت، فيصير كأنه قال: أنت حر قبل موتي بساعة، ولو قال: يوم أموت فأنت حرٌّ، أو أنت حر يوم أموت، فإن نوى به النهار دون الليل، لم يكن مدبراً، لأنه نوى حقيقة كلامه، إذ اليوم اسم لبياض النهار لغةً، ويجوز أن يموت بالليل لا بالنهار، فلا يكون هذا مدبراً مطلقاً،

وإن عنى به الوقت المبهم فهو مدبرٌ؛ لأن اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق؛ قال الله ـ تعالى: ﴿وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ﴾ [الأنفال: ١٦] ومن ولي بالليل لَحِقَهُ الوعيد المذكور.

وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال: إن مت إلى سنة أو إلى عشر سنين فأنت حر، فليس بمدبر، لأنه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم، فإن قال: إن مت إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إلى ذلك الوقت في الغالب، فهو مدبر؛ لأن موته في تلك المدة[١] كائن لا محالة.

وروى هشام عن محمد فيمن قال: أنت مدبرٌ بعد موتي، فهو مدبر الساعة؛ لأنه أضاف التدبير إلى ما بعد الموت، والتدبير بعد الموت لا يتصور، فيلغو قوله بعد موتي، فيبقى قوله: «أنت مدبر»، أو يجعل قوله: «أنت مدبر»، أي: أنت حر، فيصير كأنه قال: أنت حر بعد موتي.

ولو قال: أنت حر بعد موتي على ألف درهم، فالقبول بعد الموت؛ كذا ذكر في «الجامع الصغير»، وهذا جواب ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أن القبول في هذا على حالة الحياة لا بعد الموت، فإذا قبل في المجلس صح التدبير وصار مدبراً، ولا يلزمه المال، وإذا مات عتق، ولا شيء عليه.

وجه قوله إن هذا إيجاب العتق في الحال بعوض، إلا أن العتق يتأخر إلى ما بعد الموت، فكان القبول في المجلس؛ كما إذا قال له: إنْ شِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ رأس الشهر، تعتبر المشيئة في المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر؛ كذا هٰهنا، فإذا قبل في المجلس صح التدبير، ولا يلزمه المال؛ لأن المدبر مملوك للمولى مطلقاً، فلا يجب عليه للمولى دين، وإذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت، ولا يلزمه المال؛ لأنه لم يلزمه وقت القبول، فلا يلزمه وقت العتق.

وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الإيجاب إلى ما بعد الموت، فيكون القبول بعد الموت؛ إذ القبول بعد الإيجاب يكون، ولأن الإعتاق بعد الموت وصية؛ بدليل اعتباره من الثلث، وقبول الوصايا بعد الموت، وإذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله في حال الحياة، وإنما يعتبر بعد الموت، فإذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أو لا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي/ لم يذكر هذا في «الجامع الصغير». ٢/١٨٨ب

ولو قال: أنت مدبر على ألف، فقبل، فهو مدبر، والمال ساقط، كذا ذكر الكرخي، لأنه علق التدبير بشرط، وهو قبول المال، فإذا قبل صار مدبراً، والمدبر على ملك المولى، فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه، فسقط.

(١) في أ: الحالة.

وروى بشر عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده: أنت مدبرٌ على ألف، قال أبو حنيفة: ليس له القبول الساعة، وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل، فإذا مات وهو في ملكه فقال: قبلت، أدى الألف وعتق، وهو رواية عمرو عن محمد، وقال أبو يوسف: إن لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل، وظاهر قوله «أدى الألف» وعتق يقتضي ثبوت العتق من غير إعتاق الوارث أو الوصي.

وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» إذا قال: إذا مت فأنت حر على ألف درهم، فإنما يحتاج إلى القبول بعد الموت، فإذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصي، لأن العتق قد تأخر وقوعه عن الموت، وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت إلا بإيقاع من الوارث أو الوصي، لأنه يكون وصية بالإعتاق، فلا يثبت ما لم يوجد الإعتاق، كما لو قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر، أنه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصي بعد مضي اليوم أو الشهر؛ لما قلنا؛ كذا هٰهنا.

ثم في الوصية بالإعتاق بملك الوارث الإعتاق تنجيزاً وتعليقاً حتى لو قال له: إن دخلت الدار فأنت حر، فدخل، يعتق، كما لو نجز العتق والوصي يملك التنجيز لا التعليق، حتى لو علّق بالدخول، فدخل، لا يعتق، ولأن الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه، كأنه هو والوصي يتصرف بالأمر، فلا يتعدى تصرفه موضع الأمر كالوكيل، والوكيل بالإعتاق لا يملك التعليق، ولو أعتقه الوصي أو الوارث عن كفارة لزمته، لا يسقط عنه، لأنه يقع[1] عن الميت، والولاء عن[2] الميت لا عن الوارث، لأن الإعتاق منه من حيث المعنى.

ولو قال: أَنْتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ بعد موتي، فالقبول في هذا في الحياة بلا خلاف، لأن جعل القبول في الحالين شرطاً لثبوتَ العتق بعد الموت، فإذا قبل صار مدبراً، ولا يجب المال؛ لما قلنا؛ فإذا مات عتق ولا شيء عليه، وهذا حجة أبي يوسف في المسائل المتقدمة، والله ـ عزَّ وجلّ ـ الموفق.

ولو قال: كُلُّ مملوكٍ أملكه فهو حُرٌّ بعد موتي، فما في ملكه صار مدبراً، وما يستقبل[3] يعتق من الثلث بغير تدبير، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يدخل في هذا الكلام ما يستفيده[4].

وجه قوله: إن المملوك للحال مراد من هذا الإيجاب، فلا يكون ما يستفيده مراداً؛ لأن الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان، واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين، ولهذا لم

(١) في أ: يقع.
(٢) في أ: يعتق.
(٣) في أ: من.
(٤) في ط: يستفيده.

يدخل المستفاد في هذا [اللفظ][١] في الإعتاق البات، كذا في التدبير.

ولهما أن التدبير في معنى اليمين ومعنى الوصية، أما معنى اليمين فظاهر؛ لأنه تعليق العتق بالشرط، فاليمين إن كان لا يصلح إلا في الملك القائم أو مضافاً إلى الملك أو سببه، فالوصية تتعلق بما في ملك الموصي، وبما يستحدث الملك فيه، فإن من أوصى بثلث ماله يدخل فيه المملوك للحال، وما يستفيده إلى وقت الموت.

وقوله: اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين.

قلنا: قد يشتمل كالكتابة والإعتاق على مال، فإنهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة، كذا هذا، والله ـ عزَّ وجلّ ـ أعلم.

فصل في شرائط الركن

وأما شرائط الركن فأنواعٌ: بعْضُها يعم نوعي التدبير، أعني: المطلقَ والمقيد، وبعضُها يخص أحدهما وهو المطلق.

أما الذي يعم النوعين فما ذكرنا في «كتاب العتاق» فلا يصح التدبير إلا بعد صدور ركنه مطلقاً عن الاستثناء من أهله مضافاً إلى محله. ولا يصح إلا في الملك، سواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط، أو مضافاً إلى وقت، أو مضافاً إلى الملك أو سبب الملك؛ نحو أن يقول لعبدٍ لا يملكه: إن ملكتك فأنت مدبر[٢]، أو إن اشتريتك فأنت مدبر، لأنه التزم إثبات حقيقة الحرية بعد الموت، وإثبات حق الحرية في الحال، ولا يثبت ذلك إلا بعد وجود الملك في الحال، لأنه إذا كان موجوداً للحال، فالظاهر دوامه إلى وقت وجود الشرط، والوقت وإذا لم يكن موجوداً فالظاهر عدمه، فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت، ولا عند الموت، فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضاً؛ على ما يذكر في بيان حكم التدبير، إن شاء الله تعالى.

ومنها: أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره، بأن قال: إن مات فلان فأنت حر، لا يصير مدبراً أصلاً، وأما الذي يخص أحدهما فضربان.

أحدهما: أن يكون التعليق بمطلق موت المولى، فإن كان بموت موصوف بصفة، لا يكون تدبيراً مطلقاً/ بل يكون مقيداً. ٢/١٨٩أ

الثاني: أن يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته، وشرطٌ آخر لا يكون ذلك تدبيراً مطلقاً، وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: حر.

فصل في صفة التدبير

وأما صفة التدبير، فالتدبير متجزىء في قول أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: لا يتجزأ، لأنه باعتبار الحال إثبات حق الحرية، فيعتبر بإثبات حقيقة الحرية، وإثبات حقيقة الحرية يتجزأ عنده، وعندهما لا يتجزأ؛ كذا إثبات حق الحرية باعتبار المال، وهو إثبات حقيقة الحرية، فكان إعتاقاً، فكان الخلاف فيه لازماً.

وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما أن على قول أبي حنيفة صار نصيبه خاصَّةً مدبراً، ونصيب شريكه على ملكه، لكون التدبير متجزئاً عنده، فيقتصر على نصيبه، ثم إن كان المدبر موسراً، فللشريك ست خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وإن شاء ضمن، وإن شاء استسعى للعبد، وإن شاء تركه على حاله.

أما خيار الإعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء، فلأن نصيبه بقي على ملكه في حق التخريج إلى العتاق.

وأما خيار التضمين: فلأنه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلاً للتملك مطلقاً بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك، فقد أتلفه عليه في حق هذه التصرفات، فكان له ولاية التضمين.

وأما خيار الترك على حاله، فلأن الحرية لم تثبت في جزء منه، فجاء إبقاؤه على الرق، وأنه مقيد؛ لأن له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة، فلا يكلف بالتخريج إلى الحرية ما لم يمت المدبر، فإن اختار الإعتاق فأعتق، فللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبراً؛ لأنه أتلف عليه نصيبه، وهو مدبر، فيضمن قيمته مدبراً، والولاء بينهما، لأن الإعتاق منهما، لأن نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال إلى المعتق، لأن التدبير يمنع من ذلك، وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن، لأن منفعة الإعتاق حصلت له، وإن شاء المدبر أعتق نصيبه، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى، وليس له الترك على حاله، لأنه معتق البعض، فيجب تخريجه إلى العتاق.

هذا إذا كان المعتق موسراً، فإن كان معسراً، فللمدبر ثلاث خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، وإن شاء كاتب، وإن شاء اختار التدبير. فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبراً بينهما، وساوى شريكه في التصرف ثم مات أحدهما عتق نصيب الميت بالتدبير، ويكون من الثلث؛ لأن التدبير وصية، ويسعى في نصف قيمته للباقي إن شاء، لأنه صار معتق البعض، وإن شاء أعتق، وإن شاء كاتب، وليس له الترك على حاله لما قلنا.

فإن مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية، عتق نصيبه من الثلث أيضاً لما قلنا، وبطلت السعاية لأن العتق حصل بموت المولى، والمدبر إذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث، لا يجب عليه السعاية.

وقيل: إن هذا على قياس قول أبي حنيفة، فأما على قياس قولهما فلا يبطل؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فقد عتق كله بموت الأول، فوجبت السعاية عليه وهو حر، فكان ذلك بمنزلة ديون وجبت على الحر، فلا تسقط بالموت.

وأما على قول أبي حنيفة: فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية إذا اختار السعاية، لأن الإعتاق متجزىء عنده، فإذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية، وإن اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة، لأن نصيبه على ملكه، فإن أدى فعتق مضي الأمر، وإن مات المولى قبل الأداء وهو يخرج من الثلث، عتق وبطلت عنه السعاية، وإن كان لا يخرج من الثلث بأن لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة، يذكر فيما بعد، إن شاء الله ـ تعالى.

وإن اختار تضمين المدبر فضمنه، فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه إليه بالضمان، والولاء كله للمدبر، لأن كله عتق على ملكه، وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه، لأن الشريك كان له أن يستسعيه، فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له، فإن مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال، لأن نصفه قد صار مدبراً، فيعتق بموته، لكن من ثلث المال لما قلنا؛ ويسعى في النصف الآخر كاملا للورثة، لأن ذلك النصف كان قنًّا، وإن شاؤوا أعتقوا ذلك النصف، وإن شاؤوا دَبَّروا، وإن شاؤوا كاتبوا، وإن شاؤوا تركوه على حاله.

وإن اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته، فإذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيئاً؛ لأن العتق حصل بسبب لا صنع له فيه، فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان، وللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه، لأن العبد صار كمعتق البعض، فإذا/ ٢/ ١٨٩ب أدى يعتق كله والولاء بينهما، لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، فإن مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية، وعتق ذلك النصف من ثلث ماله؛ لما بينا.

وإن اختار ترك نصيبه على حاله فمات، يكون نصيبه موروثاً عنه، فينتقل الخيار إلى الورثة في الإعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله؛ لأن نصيبه انتقل إليهم وقد كان له هذه الخيارات.

وإن مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث، ولغير المدبر أن يستسعي العبد في نصف قيمته إن شاء، وإن شاء أعتق، وإن شاء دبر، وإن شاء كاتب، وليس له خيار الترك، لأنه صار معتق البعض فيجب تخريجه إلى العتق لا محالة والولاء بينهما، لأن نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه، هذا إذا كان المدبر موسراً؛ فإن كان معسراً فللشريك الخيارات التي ذكرنا إلاَّ اختيار التضمين.

وأما على قولهما إذا دبر نصيبه، فقد صار كله مدبر؛ لأن التدبير لا يتجزأ عندهما، ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته، موسراً كان أو معسراً، فقد فرقا بين التدبير وبين الإعتاق، أن في الإعتاق لا يضمن إذا كان معسراً، وإنما يسعى العبد لأن هذا ضمان إتلاف، أو ضمان تملك، أو ضمان حبس المال، وإنه لا يختلف باليسار والإعسار في أصول الشرع، إلا أن السعاية في باب الإعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص، ولأن بالإعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق، وصار حرًّا فيسعى وهو حر، وهٰهنا الملك قائم بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه، فلا يمكن القول بالاستسعاء.

هذا إذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب، فإن دبراه معاً، يُنظر إن قال: كُلُّ واحدٍ منهما قد دبرتك، أو أنت مدبر، أو نصيبي منك مدبر، أو قال: إذا مت فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي، وخرج الكلامان معاً، صار مدبراً لهما بلا خلاف؛ لأن تدبير كلا واحد منهما صادف ملك نفسه، فصار العبد مدبراً بينهما، فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث، والآخر بالخيار إن شاء أعتق، وإن شاء كاتب، وإن شاء استسعى، وليس له أن يتركه على حاله، لأنه صار معتق البعض، فإذا مات الباقي منهما قبل أخذ السعاية، بطلت السعاية، وعتق إن كان يخرج من الثلث؛ لما ذكرنا.

وإن قالا جميعاً: إذا متنا فأنت حر، أو أنت حر بعد موتنا، وخرج كلامهما معاً لا يصير مدبراً؛ لأَنَ كُلَّ واحدٍ منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه، فصار كأن كل واحد منهما قال: إن مت أنا وفلان فأنت حر، أو أنت حر إن مت أنا وفلان، إلاَّ إذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبراً؛ لصيرورة عتقه معلقاً بموت المولى مطلقاً، وصار نصيب الميت ميراثاً لورثته، ولهم الخيارات إن شاؤوا اعتقوا، وإن شاؤوا دبروا، وَإن شاؤوا كاتبوا، وَإنْ شاؤوا استسعوا، وَإن شاؤوا ضمنوا الشريك إن كان موسراً، وإذا مات الآخر عتق نصيبه من الثلث.

هَذَا إذا دبره أحدهما أو كلاهما، فإنْ دبر أحدهما أو أعتقه الآخر فهذا في الأَصل لا يخلو من أحد وجهين: إما أن خرج الكلامان عل التعاقب، وإما أَنْ خرجا معاً، فإنْ خَرَجَا على التعاقب، فإما أَن علم السابق منهما، وإما أَن لم يعلم، فإن علم فإن كان الإعتاق سابقاً بأن أعتقه أحدهما أولاً ثم دبره الآخر.

فأما على قول أبي يوسف ومحمد، فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، وتدبير الشريك باطل؛ لأَنه صادف الحر، والولاء كله للمعتق؛ لأَن كله عتق بإعتاقه، وعليه الضمان إن كان موسراً، وعلى العبد السعاية إن كان معسراً؛ لما ذكرنا في «كتاب العتاق»، فصار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما وسكت الآخر، وقد ذكرنا فيما تقدم.

وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أبي حنيفة إذَا أعتقه أحدُهما فلم يعتق إلاَّ نصيبه لتجزىء الإعتاق عنده،

فلما دبره الآخر فقد صح تدبيره، لأنه دبر ملك نفسه فصح، وصار ميراثاً للمعتق عن الضمان؛ لأنه قد ثبت له بإعتاق الشريك خيارات، منها: التضمين، ومنها: التدبير؛ فإذا دبره فقد استوفى حقه، فبرىء المعتق عن الضمان، ولأنه إنما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه إلى المعتق بالضمان، وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدبير، فسقط الضمان، والمدبر بالخيار إن شاء أعتق نصيبه الذي صار مدبراً، وإن شاء كاتبه، وإنْ شاء استسعى العبد، وليس له أن يتركه على حاله؛ لأنه قد عتق بعضه فوجب تخريجه إلى العتق بالطرق التي بينا، وإذا مات المدبر عتق نصيبه الذي صار مدبراً من الثلث، والولاء بينهما لأن كله عتق بإعتاقهما، النصف بالإعتاق الباتّ، والنصف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه/ وإن كان ٢/ ١٩٠أ التدبير سابقاً بأن دبره أحدهما أولاً، ثم أعتق الآخر، فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبراً له، لأن التدبير عندهما لا يتجزأ. كالإعتاق البات، ويضمن المدبر نصيب شريكه قنا، سواء كان موسراً أو معسراً، لما بينا.

وأما على قول أبي حنيفة فلم يصر كله مدبراً، بل نصيبه خاصة، لتجزىء التدبير عنده، فصح إعتاق الشريك فعتق نصفه، وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبراً إن كان المعتق موسراً، لما ذكرنا فيما تقدم، وإن شاء أعتق نصيبه الذي هو مدبر، وإن شاء استسعى العبد، وليس له أن يتركه على حاله؛ لأنه معتق البعض، وإن خرج الكلامان معاً لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمان، لأن الضمان إنما يجب بإتلاف مال الغير، فإذا خرج الكلامان معاً كان كل واحد منهما متصرفاً في ملك نفسه لا متلفاً ملك غيره، فلا يجب عليه الضمان.

ومنهم من قال هذا على قياس قول أبي حنيفة، لأن الإعتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزأ عنده، فصح التدبير في النصف والإعتاق في النصف.

فأما على قياس قولهما ينفذ الإعتاق ويبطل التدبير، لأن الإعتاق والتدبير لا يتجزآن، والإعتاق أقوى فيدفع الأدنى.

وَإِنْ كَانَ أحدهما سابقاً لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق، ذكر في الأصل أن المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر ويستسعي العبد له في الربع الآخر، وهذا استحسان، ولم يذكر الخلاف، ومنهم من قال هذا قول أبي حنيفة، فأما عندهما فالجواب فيه وفيما إذا خرج الكلامان معاً ـ سواء.

وجه قولهما: إن كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معاً في أصول الشرع؛ كالغرقى والحرقى والهدمى، ولهذا قال بعض أهل الأصول في النص العام والخاص إذا تعارضا وجهل التاريخ، أنه يجعل كأنهما وردا معاً ويبنى العام على الخاص على طريق البيان، ويكون المراد من النص العام ما وراء القدر المخصوص.

وجه قياس قول أبي حنيفة أنه وقع الشك في وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك في سبب وجوبه، لأن التدبير إن كان لاحقاً كان المدبر بالتدبير مبرئاً[١] للمعتق من الضمان لما مر، وإن كان سابقاً يجب الضمان على المعتق، فوقع الشك في الوجوب، والوجوب لم يكن ثابتاً، فلا يثبت مع الشك.

وجه الاستحسان له اعتبار الأحوال، وهو أن الإعتاق إذا كان متقدماً على التدبير فقد أبرأ المدبر المعتق عن الضمان، وإن كان متأخراً فالمعتق ضامن، وقد سقط ضمان التدبير بالإعتاق بعده فإذن لا ضمان على المدبر في الحالين جميعاً، والمعتق يضمن في حال ولا يضمن في حال، والمضمون هو النصف، فيتنصف فيعتق ربع القيمة ويسعى العبد للمدبر في الربع الآخر، لأنه لما تعذر التضمين فيه ووجب تخريجه إلى العتاق أخرج بالسعاية، كما لو كان المعتق موسراً، والله ـ عزَّ وجلّ ـ أعلم.

مدبرة بين رجلين جاءت بولد، ولم يدع أحدهما، فهو مدبر بينهما كأمه؛ لأن ولد المدبرة مدبر، لما نذكر في بيان حكم التدبير، إن شاء الله تعالى.

فإن ادعاه أحدُهما، فالقياس أن لا يثبت نسبه معه، وهو قول زفر، وإليه مال الطحاوي من أصحابنا، وفي الاستحسان يثبت.

وجه القياس: أنهما لما دبراه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعاً؛ لأنه ولد مدبرتهما جميعاً، وفي إثبات النسب من المدعي إبطال هذا الحق عليه، والولاء لا يلحقه الفسخ، وجه الاستحسان أن النسب قد ثبت في نصيب المدعي لوجود سبب الثبوت، وهو الوطء في الملك، وإذا ثبت في نصيبه يثبت في نصيب شريكه، لأن النسب لا يتجزأ.

وأما قوله: حَقُّ الوَلاءِ لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، فنقولُ نحنُ: يُثْبِتُ النَسَبَ، ولا يسقط حق الولاء، لأنه لا تنافي بينهما، فيثبت النسب من الشريك المدعي ويبقى نصف الولاء للشريك الآخر، وصار نصف الجارية أم ولد له، ونصفها مدبرة على حالها للشريك.

فإن قيل: الاستيلاد لا يتجزأ، وهو قول بالتجزئة، فالجواب ما ذكرنا في كتاب العتاق أنه متجزىء في نفسه عند أبي حنيفة كالإعتاق إلا أنه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل، على أن نقول الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل نقل الملك فيه، فأما ما لا يحتمل فهو متجزء، وهٰهنا لا يحتمل لما نذكر، ويغرم المدعي نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الولد مدبراً، ولا يضمن نصف قيمة الأم، أما وجوب نصف العقر فلأن أقرَّ بالوطء في ملك الغير.

---

(١) في ط: جبرياً.

لإقراره بوطء مدبرة مشتركة بينهما، وأنه حرامٌ إلاَّ أنَّ الحد لا يجب للشبهة، لأن نصف الجارية ملكه فيجب العقر ويغرم نصف قيمة الولد مدبراً، لأنه بالدعوى أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهراً، لأنه حصل في محلٍ هو ملكهما؛ فإذا ادعاه فقد أتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر بإخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة الكسب والخدمة، فيضمن نصف قيمته مدبراً؛ لأنه أتلف على شريكه نصف المدبر، ولا يغرم/ نصف قيمة الجارية، لأن نصيب ٢/ ١٩٠ب الشريك قد بقي على ملكه، ولم تصر الجارية كلها أم ولد له، لأن استيلاد نصيب شريكه يعتمد بملك نصيبه، ونصيبه لا يحتمل التملك، لكونه مدبراً، بخلاف الأمة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما، أنه يثبت النسب ويغرم نصف عقر الجارية لشريكه، وتصير الجارية كلها أمَّ ولدٍ له، ولا يغرم من قيمة الولد شيئاً؛ لأن هناك نصيب الشريك محتمل النقل، فأمكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاد، والتملك يستند إلى وقت العلوق، فتبين أن الولد حدث على ملكه، فلا يكون مضموناً عليه، وهٰهنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل، فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعي، وينفرد الولد بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان.

فإن مات المدعي أولاً عتق نصيبه بغير شيء، لأن نصيبه أم ولد له، فلا تسعى في نصيبه، ولا يضمن للشريك الساكت شيئاً؛ لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت، ويسعى في نصيب الآخر في قولهم جميعاً، لأن نصيبه مدبر، فإن مات الآخر قبل أن يأخذ السعاية عتق كلها إن خرجت من ثلث ماله، وبطلت السعاية عنها في قياس قول أبي حنيفة.

وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على أن الإعتاق يتجزأ عنده، وعندهما لا يتجزأ، وقد ذكرنا وجه البناء فيما تقدم.

وإن مات الذي لم يدع أولاً عتق نصيبه من الثلث؛ لأن نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر في وقول أبي حنيفة، لأن نصيبه أم ولد له، ورقُّ أم الولد ليس بمتقوم عنده، وفي قولهما يسعى لأن رقه متقوم، فإن لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولداً آخر، فادعاه، فهو ضامن لنصف العقر، لأنه أقر بوطء مدبرة مشتركة بينهما، وأيُّهما مات يعتق كل الجارية، لأن نصيب كل واحد منهما أم ولد، وأم الولد إذا عتق بعضها عتق كلها، ولا سعاية عليها، وإن جاءت بولد وادعياه جميعاً معاً، ثبت نسبه منهما جميعاً، وصارت الجارية أم ولد لهما جميعاً، ويبطل التدبير إلى خلف هو خير وهو الاستيلاد، لأن عتق الاستيلاد ينفذ من جميع المال، فكان خيراً لها من التدبير، وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في الجارية القنة، وسنذكره في «كتاب الاستيلاد»، إن شاء الله ـ تعالى.

ولو دبر عبده ثم كاتبه، جازت الكتابة لما ذكرنا، فإن أدى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة، وهو أداء بدل الكتابة، وإن لم يؤد حتى مات المولى عتق

أيضاً، إن كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير، وهو موت المولى، وخروج المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه، لأن عتق المدبر وصية، والوصية في الثلث نافذة، فإذا خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعاية، وإن لم يكن له مال آخر سواه، فله الخيار: إن شاء استسعى في جميع الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته، فإن اختار الكتابة سعى على النجوم، وإن اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالاً، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يسعى في الأقلُّ مِنْ جَمِيعِ الكتابة ومن ثلثي القيمة، وقال محمد يسعى في الأقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة، والخلاَف في هذه المسألة يقع في فصلين:

أحدهما: في الخيار.

الثاني: في المقدار.

والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه، وفي المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد، أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة، وعندهما لا يتجزأ.

ووجه البناء على هذا الأصل أن العتق لما كان متجزئاً عنده لم يعتق بموت المولى إلا ثلث العبد وبقي الثلثان منه رقيقاً، وقد تَوَجَّهْ إلى الثلثين العتق من جهتين:

إحداهما: الكتابة بأداء بدل مؤجل.

والثانية: التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلاً، فيخير إن شاء مال إلى هذا، وإن شاء مال إلى ذاك، ولما لم يكن العتق متجزئاً عندهما فإذا عتق ثلثه بالموت فقد عتق كله، وبطل التأجيل في بدل الكتابة، فصار المالان جميعاً حالاً، وعليه أخذ المالين، إما الكتابة، وإما السعاية، وأحدهما أقل، والآخر أكثر، فلا فائدة في التخيير، لأنه يختار الأقل لا محالة، ولأن الواجب عليه إذا كان أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل، كان الأقل متيقناً به، فيلزمه ذلك.

وأما فصل المقدار، فوجه قول محمد أن بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة، لأن العقد قد انعقد عليه حيث قال: كاتبتك على كذا، وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته، وهو ثلث البدل، فيبقى الثلثان، ولأن ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد لسقط عنه كل بدل الكتابة، فإذا كان مثل ثلث قيمته/ يجب أن يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان، فيسعى في الأقل من ثلثي الكتابة، ومن ثلثي القيمة لما قلنا. ٢/ ١٩١أ

ولهما أنَّ العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة، فإنه يسلم له ذلك

كائناً ما كان، فإذا كاتبه بعد ذلك، فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث، وإنما يقابل الثلثين، فإذا قال: كاتبتك على كذا، فقد جعل المال بمقابلة وما لا يصح المقابلة به، وهو الثلث، وبمقابلة ما يصح المقابلة به، وهو الثلثان، فيصرف كل البدل إلى ما يصح المقابلة به، وهو الثلثان؛ كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين، ثم طلقها ثلاثاً على ألف درهم لزمها كل الألف لما قلنا.

وكذا إذا جمع بين من يحل نكاحُها وبين من لا يحل نكاحها، فتزوجهما بألف درهم، وجبت الألف كلها بمقالة نكاح من يحل له نكاحها عند أبي حنيفة، وإذا كان الأمر على ما وصفنا، فالثلث وإن عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته، وإنما البدل كله بمقابلة الثلثين، فلم يسقط من البدل شيء، بخلاف ما إذا خرج العبد كله من الثلث؛ لأن هناك يسلم له جميع رقبته، فلزم القول بالبراءة، هذا إذا دبر عبده ثم كاتبه، فإن كاتبه ثم دبره ثم مات المولى، فعلى قول أبي حنيفة: إن شاء سعى في ثلثي القيمة، وإن شاء سعى في ثلثي الكتابة، وعندهما يسعى في الأقل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة، فقد اتفقوا على المقدار ههنا، حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان، وإنما كان كذلك لأن هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيئاً من رقبته، فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة، وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه، فيسقط ما كان بإزائه من البدل فبقي الثلثان بلا خلاف، وإنما اختلفوا في الخيار، فعند أبي حنيفة: يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلاً وبين ثلثي القيمة معجلاً، وعندهما: يجب عليه الأقل منهما بناءً على تجزىء الإعتاق وعدم تجزيه، على ما بينا في الفصل الأول، والله ـ عزَّ وجلّ ـ أعلم.

فصل في حكم التدبير

وأما حكم التدبير فنوعان: نوع يرجع إلى حياة المدبر، ونوع يرجع إلى ما بعد موته، أما الذي يرجع إلى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر إذا كان التدبير مطلقاً، وهذا عندنا.

وعند الشافعي: لا حكم له في حال حياة المدبر رأساً، فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها، بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصوراً عليه.

وعَلَى هذا ينبى بيع المدبر المطلق أنه لا يجوز عندنا، وعنده جائز[1] ويجوز بيع المدبر المقيد بالإجماع.

---

(١) ورُوِيَ عن أحمدَ، أنَّه قال: أنا أرَى بَيْعَ المُدَبَّرِ في الدَّيْنِ، وإذا كان فَقِيراً لاَ يَمْلِكُ شيئاً، رأيتُ أن أَبِيعَه؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قد باعَ المُدَبَّرَ، لَمَّا عَلِمَ أنَّ صاحِبَه لا يَمْلِكُ شيئاً غيرَه، باعَه النَّبِيُّ ﷺ لمَّا عَلِمَ حاجَتَه. وهذا قولُ إسْحاقَ، وأبي أيُّوبَ، وأبي خَيْثمةَ، وقالا: إن باعَهُ من غيرِ حاجةٍ، أَجَزْناه. ونَقَلَ جَماعةٌ عن أحمدَ، جوازَ بَيْعِ المُدَبَّرِ مُطْلَقاً؛ في الدَّيْنِ وغيرِه، مع الحاجةِ وعَدَمِها. قال إسماعيلُ بن سعيدٍ: سألتُ=

احتج الشافعي بما روي عن عطاء أنه قال: دبر رجلٌ عبده فاحتاج فباعه رسول الله ﷺ بثمانمائة درهم[١]، وأدنى درجات فعل رسول الله ﷺ الجواز، ولأن التدبير تعليق العتق بالشرط، وأنه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد، وغير ذلك وكالتدبير المقيد، ولأن فيه معنى الوصية، وذلك لا يمنع جواز البيع، كما إذا أوصى بعتق عبده ثم باعه.

ولنا ما روي، عن نافع، عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«المُدبرُ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ»** وهو حُرٌّ من ثلث المال[٢] وهذا نص في الباب.

= أحمدَ عن بَيْعِ المُدَبَّرِ، إذا كان بالرَّجُلِ حاجةٌ إلى ثَمَنِه، قال: له أن يَبِيعَه، مُحْتاجاً كان إلى ذلك أو غيرَ محتاجٍ. وهذا هو الصَّحِيحُ. ورُوِيَ مثلُ هذا عن عائشةَ، وعمرَ بن عبد العزيز، وطاوُسٍ، ومُجاهِدٍ. وهو قولُ الشافعيِّ. وكَرِهَ بَيْعَه ابنُ عمرَ، وسعيدُ بن المُسَيَّبِ، والشَّعْبِيُّ، والنَّخَعِيُّ، وابنُ سِيرِينَ، والزُّهْرِيُّ، والثَّوْرِيُّ، والأوْزاعِيُّ، والحسنُ بن صالحٍ، وأصْحابُ الرَّأْيِ، ومالكٌ، لأنَّ ابنَ عمرَ، رَضِيَ الله عنهما، رَوَى أنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قال: «لاَ يُبَاعُ المُدَبَّرُ، ولاَ يُشْتَرَى». ولأنَّه اسْتَحَقَّ العِتْقَ بمَوْتِ سَيِّدِه، أشْبَهَ أُمَّ الوَلَدِ. ولَنا، ما رَوَى جابِرٌ، رَضِيَ الله عنه، أن رَجُلاً أعْتَقَ مَمْلُوكاً له عن دُبُرٍ، فاحْتاجَ، فقال رسولُ الله ﷺ: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي؟». فباعَه من نُعَيْمِ بن عبدِ الله بثَمانِمائةِ دِرْهَمٍ، فدَفَعَها إليه، وقال: «أَنْتَ أَحْوَجُ مِنْهُ». مُتَّفَقٌ عليه. قال جابرٌ: عَبْدٌ قِبْطِيٌّ، مات عامَ أوَّلَ، في إمارةِ ابنِ الزُّبَيْرِ. وقال أبو إسْحاقَ الجُوزَجانِيُّ: صَحَّتْ أحادِيثُ بَيْعِ المُدَبَّرِ، باسْتِقامةِ الطُّرُقِ، والخَبَرُ إذا ثَبَتَ اسْتُغْنِيَ به عن غيرِه مِن رأْيِ الناسِ. ولأنَّه عِتْقٌ بصِفَةٍ، ثَبَتَ بقولِ المُعْتِقِ، فلم يَمْنَعِ البَيْعَ، كما لو قال: إن دخَلْتَ الدَّارَ، فأنتَ حُرٌّ. ولأنَّه تَبَرُّعٌ بمالٍ بعدَ الموتِ، فلم يَمْنَعِ البَيْعَ في الحياةِ، كالوَصِيَّةِ. قال أحمدُ: هم يقولون: مَنْ قال: غُلامِي حُرٌّ، رأسَ الشَّهْرِ. فله بَيْعُه قبلَ رأسِ الشهرِ. وإن قال: غداً. فله بَيْعُه اليومَ. وإن قال: إذا مِتُّ. قال: لا يَبِيعُه، فالموتُ أكثرُ من الأجلِ، ليس هذا قِياساً، إن جازَ أنْ يَبِيعَه قبلَ رأسِ الشهرِ، فله أن يَبِيعَه قبلَ مَجيءِ المَوْتِ، وهم يقولون في من قال: إن مِتُّ من مَرَضِي هذا، فَعَبْدِي حُرٌّ. ثم لم يَمُتْ من مَرَضِه ذلك، فليس بشيءٍ. وإن قال: إن مِتُّ، فهو حُرٌّ. لا يُباعُ. وهذا مُتناقِضٌ، إنَّما أصْلُه الوَصِيَّةُ من الثُّلُثِ، فله أن يُغَيِّرَ وَصِيَّتَه ما دام حَيًّا. فأمَّا خَبَرُهم، فلم يَصِحَّ عن النَّبِيِّ ﷺ، إنَّما هو من قولِ ابنِ عمرَ. قال الطَّحَاوِيُّ: هو عن ابنِ عمرَ، وليس بمُسْنَدٍ عن النَّبِيِّ ﷺ. ويَحْتَمِلُ أنَّه أراد بعدَ الموتِ، أو على الاسْتِحْبابِ. أمَّا أُمُّ الوَلَدِ، فإنَّ عِتْقَها يَثْبُتُ بغيرِ اخْتيارِ سَيِّدِها، وليس بتَبَرُّعٍ، ويكونُ مِن جميعِ المالِ، ولا يُمْكِنُ إبْطالُه بحالٍ، والتَّدْبِيرُ بخلافِه.

ينظر: المغني (١٤/ ٤١٩ - ٤٢١).

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٧) كتاب المكاتب حديث (٤٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٤٠) كتاب العتق: باب المدبر حديث (٢٥١٤) والدارقطني (٤/ ١٣٨) كتاب المكاتب حديث (٤٩) وابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٨٨) والبيهقي (١٠/ ٣١٤) كتاب المدبر: باب المدبر من الثلث، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١١/ ٤٤٤) كلهم من طريق علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «المدبر من الثلث».

قال ابن ماجه: سمعت عثمان يعني ابن أبي شيبة يقول هذا خطأ وقال ابن ماجه: ليس له أصل. =

وعن أبي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله الأنصاري، أن رسول الله ﷺ «نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ المدبرِ»[1] ومطلق النهي يحمل على التحريم.

وروي عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر - رضي الله عنهم - مثلُ مذهبنا، وهو قول جماعة من التابعين مثل: شريح، ومسروق، وسعيد بن المسيب، والقاسم بن محمد، وأبي جعفر محمد بن علي، ومحمد بن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، والشعبي، والحسن البصري، والزهري، وسعيد بن جبير، وسالم بن عبد الله، وطاوس، ومجاهد، وقتادة، حتى قال أبو حنيفة لولا قول هؤلاء الأجلَّةِ لقلتُ بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر.

ولنا لإثبات حق الحرية ضرورة الإجماع، ودلالة غرض المدبر، أما ضرورة الإجماع

= وقال ابن عدي في ترجمة علي بن ظبيان: الضعف على حديثه بين والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٤٣٢) رقم (٢٨٠٣) وقال: سئل أبو زرعة عن حديث رواه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المدبر من الثلث» فقال أبو زرعة: هذا حديث باطل وامتنع من قراءته قلت: يروي خالد بن إلياس عن نافع عن ابن عمر قال المدبر من الثلث قول ابن عمر ا هـ.

وروى الخطيب في «تاريخه» (١١/ ٤٤٤) عن علي بن المديني قال: كان علي بن ظبيان حدثنا بثلاثة أحاديث مناكير كلها عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً «المدبر من الثلث». . . ا هـ.

والحديث ذكره الحافظ البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٨٩) وقال: هذا إسناد ضعيف علي بن ظبيان ضعفه ابن معين وأبو حاتم والبخاري والنسائي وأبو زرعة وابن حبان وغيرهم. . . قال المزي: رواه الشافعي عن ابن عمر موقوفاً ا هـ.

أما الموقوف

فأخرجه الشافعي ومن طريقه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٨٧) من طريق علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: المدبر من الثلث.

قال الشافعي: قال لي علي بن ظبيان: قد كنت أرفعه فقال لي بعض أصحابي: لا ترفعه وكان يحدث به مرفوعاً.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر مرفوعاً.

أخرجه الدارقطني (٤/ ١٣٨) كتاب المكاتب حديث (٥٠) من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال.

قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وإنما هو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر قوله.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٨٥) وقال ابن القطان في «كتابه»: عبيدة هذا قال فيه أبو حاتم: منكر الحديث وأبو معاوية عمرو بن عبد الجبار الجزري راويه عنه مجهول الحال وقد رواه حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر من قوله وهو الصحيح لثقة حماد وضعف عبيدة.

(١) الثابت عن النبي ﷺ أنه باع مدبراً وقد روى ذلك جابر بن عبد الله رضي الله عنه وقد تقدم تخريجه.

فهي أن الحرية تثبت بعد الموت بالإجماع، والحرية لا بد لها من سبب، ولا سبب هٰهنا سوى الكلام السابق، فلا يخلو إما أن يجعل سبباً للحال، وإما أن يجعل سبباً بعد الشرط، ولا سبيل إلى الثاني، لأنه ليس من أهل مباشرة السبب، فتعين أن يكون سبباً عند وجوده، فكان الكلام السابق سبباً في الحال لثبوت الحرية بعد الموت، ولسنا فعنى ثبوت حق الحرية للمدبر إلا هذا، وهذا يمنع جواز البيع، لأن البيع إبطال السببية إذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع.

وأما دلالة الغرض فهو أن غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت، إما تقرباً إلى الله - عزَّ وجلَّ - بالإعتاق لإعتاق رقبته من النار. كما نطق به الحديث، وإما حقًّا لخدمته/ القديمة مع بقاء منافعه على مليكه في حياته، لحاجته إليها، ولا طريق لتحصيل الغرضين إلا يجعل التدبير سبعاً في الحال لثبوت الحرية بعد الموت؛ إذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرضه في الانتفاع به، ولو لم ينعقد شيئاً رأساً لفات غرضه في العتق، لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك، فكان انعقاده سبباً في الحال، وتأخر الحرية إلى ما بعد الموت طريق إحراز الغرضين، فثبت ذلك بدلالة الحال، فيتقيد الكلام به، إذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض. ٢/ ١٩١ب

فإن قيل: هذا مناقض لأصلكم، لأن التدبير تعليق العتق بالشرط، ومن أصلكم أن التعليقات ليست أسباباً للحال، وإنما تصير أسباباً عند وجود شروطها؛ وعلى هذا بينتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه، وهٰهنا جعلتم التدبير سبباً لثبوت الحرية للحال، وهذا مناقضة في الأصل، والتناقض في الأصل دليل فساد الفرع.

فالجواب: أن هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سبباً عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سبباً في الحال، وفي التعليق بسائر الشروط، وأمكن اعتباره سبباً عند وجود الشرط، وهٰهنا لا يمكن لما بينا، وكذا في التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سبباً عند الشرط، وهٰهنا أراد كونه سبباً في الحال لما قلنا، فتعين سبباً للحال لثبوت الحرية في الثاني.

وأما حديث عطاء فيحتمل أن ذلك كان تدبيراً مقيداً، وقوله: «باع» حكاية فعل فلا عموم له، ويحتمل أن يكون معنى قوله: «باع» أي: آجر؛ إذا الإجارة تسمى بيعاً بلغة أهل المدينة، وهكذا روى محمد [بن الحسن][1] بإسناده أن النبيَّ ﷺ باع خدمة مدبر ولم يَبِعْ رقبته[2]

---

(١) سقط من ط.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٨٦) قال عبد الحق في «أحكامه»: أخرجه ابن عدي عن أبي مريم عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن أبي جعفر عن جابر بن عبد الله في قصة هذا المدبر. وفيه: إنما أذن النبي ﷺ في بيع خدمته، قال عبد الحق: وعبد الغفار هذا يرمى بالكذب، وكان غالياً في التشيع. انتهى. وقال ابن القطان في «كتابه»: هو مرسل صحيح، لأنه من رواية عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي، =

ويحتمل أنه كان ذلك في ابتداء الإسلام حين كان بيع الحر مشروعاً، على ما روي أن رسول الله ﷺ بَاعَ رَجُلاً بدينة[١] يقال له سرق ثم صار منسوخاً بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر، إلحاقاً للحق بالحقيقة في باب الحرمات.

وأما المدبر المقيد: فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سبباً للحال، لأن الأمر متردد بين أن يموت من ذلك المرض وفي ذلك السفر أو لا يموت، فكان الشرط محتمل الوجود والعدم، فلم يكن التعليق سبباً للحال كالتعليق بسائر الشروط، وكذا لما علق العتق بأمر يحتمل الوجود والعدم، دل أنه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب إلى الله ـ عزَّ وجلَّ ـ بإعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة، إذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة.

وأما قوله: أن في التدبير معنى الوصية، فنعم[٢]، لكن هذه وصية لازمة لثبوتها في ضمن أمر لازم، وهو اليمين، فلا يحتمل الفسخ، ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالإعتاق.

فإن قيل: هذا يشكل بالتدبير المقيد، فإنه يتضمن معنى الوصية اللازمة، ومع هذا يجوز بيعه، قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة، فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة، وههنا بخلافه، وإذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق في الحال، فكلُّ تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز، وما لا يبطله يجوز.

وعلى هذا تخريج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصاية به، لأن تصرف تمليك الرقبة، فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه، لأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه عندنا، فكان من باب تمليك العين وتملكها، ويجوز إجارته لأنها لا تبطل هذا الحق؛ لأنها تصرف في المنفعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المدبر.

وقد روينا عن رسول الله ﷺ أنه بَاعَ خدمةَ المُدَبَّرِ، ولم يبعْ رقبَتُه وبيع خدمة المدبر بيع منفعته، وهو معنى الإجارة، ويجوز الاستخدام، وكذا الوطء والاستمتاع في الأمة، لأنها استيفاء المنافع، ويجوز تزويجها لأن التزويج تمليك المنافع.

وعن عبد الله بن عمر أنه كان يطأ مدبرته[٣]، ولأن الاستيلاد آكد من التدبير لأنه يوجب

= وهو ثقة عن أبي جعفر، وهو ثقة، انتهى. وقال صاحب «التنقيح»: وعبد الغفار من غلاة الشيعة، وقد روى عنه شعبة، قال ابن عدي: ومع ضعفه يكتب حديثه. انتهى.

(١) يحمل معنى هذا الحديث على بيع الخدمة لا على بيع الرقبة.
وينظر نصب الراية (٣/ ٢٨٦).

(٢) في أ: فمسلم.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٩/ ١٤٧) كتاب المدبر باب الرجل يطأ مدبر ته حديث (١٦٦٩٦، ١٦٦٩٧، ١٦٦٩٨).

الحرمة[١] من جميع المال والتدبير من الثلث، ثم الاستيلاد لا يمنع من الإجارة والاستخدام، ولا يمنع من الاستمتاع والوطء، والتزويج في الأمة، فالتدبير أولى والأجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى؛ لأنها بدل المنافع، والمنافع ملكه، والأرش له لأنه بدل جزء فات على ملكه، ولا يتعلق الدين برقبته، لأن رقبته لا تحتمل البيع لما بينا، ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه، بالغة ما بلغت، وجنايته على المولى وهو الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة، وإن كثرت الجنايات لما نذكر في «كتاب الجنايات»، إن شاء الله تعالى، ويجوز إعتاقه، لأنه إيصاله إلى حقيقة الحرية معجلاً، ولأن المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله إلى هذا المقصود، فمن المحال أن يمنع من إيصاله/ إليه، ٢/١٩٢أ ولهذا جاز إعتاقه أم الولد؛ كذا المدبر، ويجوز مكاتبته لأنه يريد تعجيل الحرية إليه، والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة أم الولد، وولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لإجماع الصحابة - رضي الله عنهم - على ذلك، فإنه روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: ولد المدبرة بمنزلتها، يعتق بعتقها، ويرق برقها، وروي أن عثمان - رضي الله عنه - خوصم إليه في أولاد مدبرة فقضى أَن ما ولدته قبل التدبير عبد، وما ولدته بعد التدبير مدبر، وكان ذلك بمحضر من الصحابة. ولم ينكر عليه أحد منهم، فيكون إجماعاً، وهو قول: شريح، ومسروق، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، وسعيد بن جبير، والحسن، وقتادة - رضي الله عنهم؛ ولا يعرف في السلف خلاف ذلك، وإنما قال به بعض أصحاب الشافعي فلا يعقد بقوله لمخالفته الإجماع؛ ولأن حق الحرية يسري إلى الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من أقضية عثمان - رضي الله عنه - بحضرة الصحابة - رضي الله عنهم - ولأن حق الحرية لم يكن ثابتاً في الأم وقت الولادة حتى يسري إلى الولد.

ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها، فقال المولى ولدتيه قبل التدبير، فهو رقيق، وقالت هي: ولدتُهُ بعد التدبير فهو مدبر، فالقولُ قولُ المولى مع يمينه على علمه، والبينة بينة المدبرة؛ لأن المدبرة تدعي سراية التدبير إلى الولد، والمولى ينكر، فكان القول قولَهُ مع اليمين، ويحلف على علمه، لأن الولادة ليست فعله، والبينة بينة المدبرة، لأن فيها إثبات التدبير.

ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة: ولدتيه قبل العتق وهو رقيق، وقالت: بل ولدته بعد العتق وهو حر، يحكم فيه الحال إن كان الولد في يدها، فالقول قولها، وإن كان في يد المولى، فالقول قوله، لأنه إذا كان في يدها كان الظاهر شاهداً لها، وإذا كان في يده

---

(١) في أ: الحرية.

كان الظاهر شاهداً له، بخلاف المدبرة، لأنها في يد المولى؛ فكذا ولدها، فكان الظاهر شاهداً له على كل حال، وكان القولُ قولَهُ.

ولو قال لأمة لا يملكها إن ملكتك فأنت مدبرة، وإن اشتريتك فأنت مدبرة، فولدت ولداً ثم اشتراهما جميعاً، فالأم مدبرة والولد رقيق، لأن الأم إنما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط في حق الولد، وأنه منفصل فلا يسري إليه تدبير الأم، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الذي يرجع إلى ما بعد موت المدبر، فمنها عتق المدبر؛ لأن عتقه كان معلقاً بموت المولى، والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط، ويستوي فيه المدبر المطلق والمقيد، لأن عتق كل واحد منهما معلق بالشرط إلا أن الشرط في المقيد الموت الموصوف بصفة، فإذا وجد ذلك فقد وجد الشرط، فينزل المعلق، وسواء كان الموت حقيقة أو حكماً بالردة بأن ارتد المولى عن الإسلام ـ والعياذ بالله ـ ولحق بدار الحرب، لأن الردة مع اللحاق بدار الحرب تجري مجرى الموت في زوال الأملاك، وكذا المستأمن إذا اشترى عبداً في دار الإسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربي، عتق مدبره، لأن الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكماً، فكان بمنزلة الموت.

وكذا ولد المدبرة الذي ليس من مولاها، لأنه تبعها في حق الحرية، فكذا في حقيقة الحرية، ويستوي فيه المطلق والمقيد، لأن معنى التبعية لا يوجب الفصل.

ومنها أن عتقه يحسب من ثلث مال المولى، وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ، وهو قول سعيد بن جبير، وشريح، والحسن وابن سيرين ـ رضي الله عنهم ـ[١].

وروي عن عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أن عتقه من جميع المال، وهو قول إبراهيم النخعي، وحماد، وجعلوه كأم الولد.

ولنا ما روينا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**المُدَبَّرُ لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ**» وهو حر من الثلث، ولأن التدبير وصية، والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا، وسواء كان التدبير في المرض أو في الصحة؛ لأنه وصية في الحالين، وسواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً لعموم الحديث إلا أنه خص منه المقيد في حق البيع والهبة، فيعمل بعمومه في حق الاعتبار من الثلث، ولأن معنى الوصية توجد في النوعين، وأن يقتضي اعتباره من الثلث ويعتبر ثلث المال يوم موت المولى، لأن في الوصايا هكذا يعتبر، وإذا كان اعتبار عتقه من ثلث مال المولى[٢]

(١) ينظر «مصنف عبد الرزاق» (٩/ ١٤٤ ـ ١٤٧).

(٢) في ط: المال.

فإن كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه، يعتق كله ولا سعاية عليه، وإن لم يكن له مال آخر غيره، عتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة.

هذا إذا لم يكمن على المولى دين، فإن كان عليه دين يسعى في جميع قيمته في قضاء ديون المولى، لأن الدين مقدم على الوصية.

ومنها: أن ولاء المدبر للمدبر، لأن المعتق، وقد قال النبي ﷺ: «**الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»(١) ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر، وإن عتق/ المدبر من جهة غيره، كمدبرة بين اثنين جاءت بولد فادَّعَاه أحدُهما، ثبت نسبه منه، وعتق عليه، وغرم نصيب شريكه من الولد، والولاء بينهما، لأن حق الحرية ثابتٌ في الحال عندنا، وأنه يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل الفسخ.

٢/١٩٢ب

وكذا المدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن، عتق بالضمان، ولم يتغير الولاء عن الشركة في قول أبي حنيفة، لما ذكرنا فيما تقدم، وعلى قول أبي يوسف ومحمد إذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما.

فصل في بيان ما يظهر به التدبير

وأما بيان ما يظهر به التدبير، فالتدبير يظهر بما يظهر به الإعتاق الباتُّ، وهو الإقرار والبينة، لأنه إثبات حق الحرية في الحال، فيعتبر الحق بالحقيقة، وهو إثبات حقيقة الحرية بعد الموت، فيعتبر بالإثبات في الحال، وذا يظهر بأحد هذين [الأمرين](٢) فكذا هذا، إذا عرف هذا فنقول: إذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة، قبلت بينته بلا خلاف؛ فإن لم يدع وأنكر التدبير مع المولى، لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد في قول أبي حنيفة، وعندهم يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا في الإعتاق البات إلاَّ أن الشهادة على عتق الأمة تُقبل من غير دعواه بالإجماع، والشهادة على تدبير الأمة على الاختلاف، لأن تدبير الأمة لا يوجب تحريم الفرج، فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى.

ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه في الصحة، فالشهادة باطلة في قول أبي حنيفة، لأن المدعي مجهول وعندهما يقبل، ولو شهدا أن ذلك كان في المرض يقبل عنده استحساناً، والقياس أن لا يقبل، وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العتاق، ولو شهدا أنه قال: هذا حر وهذا مدبر بعد موتي، فقد صار مدبراً، لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة لجهالة المدعي.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سقط من ط.

ولو شهدا أنه قال: هذا حر بعد موتي، لا بل هذا كانا جميعاً مدبرين ويعتقان بعد موته من ثلثه[١]، لأنه لما قال هذا حر بعد موتي فقد صار مدبراً، فلما قال: لا بل هذا فقد رجع عن الأول وتدارك بالثاني، ورجوعه لا يصح وتداركه صحيح، كما إذا قال لإحدى امرأتيه: هذه طالقٌ، لا بل هذه.

ولو شهدا أنه قال: هذا حر البتة، لا بل هذا مدبر، جازت الشهادة لهما؛ لأنه أعتق الأول ثم رجع وتدارك بالثاني، فالرجوع لا يصح، ويصح التدارك، فصار الأول حرًا والثاني مدبراً.

ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة، فالشهادة باطلةٌ، لأن كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظاً ومعنى، أما اللفظ فلا شك فيه، وأما المعنى فلأن الإعتاق الباتَّ إثبات العتق [إثبات العتق في الحال والتدبير بإثبات العتق][٢] بعد موت المولى، وهما متغايران وليس على كل واحد منهما إلا شاهد واحد؛ وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا في شرطه؛ لأنهما شهدا على شيئين مختلفين كما في الإعتاق البات، والله - عزَّ وجلَّ - أعلم، وهو الموفق.

---

(١) ويَعْتِقُ المُدَبَّرُ بعدَ الموتِ من ثُلُثِ المالِ. في قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ، يُرْوَى ذلك عن عليٍّ، وابنِ عمر. وبه قال شُرَيْحٌ، وابنُ سِيرِينَ، والحسنُ، وسعيدُ بن المُسَيَّب، وعمرُ بن عبدِ العزيز، ومَكْحولٌ، والزُّهْرِيُّ، وقَتادةُ، وحَمَّادٌ، ومالكٌ، وأهلُ المدينةِ، والثَّوْرِيّ، وأهلُ العراقِ، والشَّافعيُّ، وإسْحاقُ، وأبو ثَوْرٍ، وأصْحابُ الرَّأْيِ. ورُوِيَ عن ابنِ مسعودٍ، ومَسْرُوقٍ، ومُجاهِدٍ، والنَّخَعِيِّ، وسعيدِ بن جُبَيْرٍ، أنَّه يَعْتِقُ من رأسِ المالِ، لأنَّه عِتْقٌ فينفُذُ مِن رأسِ المالِ، كالعِتْقِ في الصِّحَّةِ، وعِتْقِ أُمِّ الوَلَدِ. ولَنا، أنَّه تَبَرُّعٌ بعدَ الموتِ، فكان من الثُّلثِ، كالوَصِيَّةِ، ويُفارِقُ العِتْقَ في الصِّحَّةِ، فإنَّه لم يتَعلَّقْ به حَقُّ غيرِ المُعْتِقِ، فيَنْفُذُ في الجميعِ، كالهِبَةِ المُنْجَزَةِ. وقد نَقَلَ حَنْبَلٌ عن أحمدَ، أنَّه يَعْتِقُ مِن رأسِ المالِ. وليس عليها عَمَلٌ، قال أبو بكرٍ: هذا قولٌ قديمٌ، رَجَعَ عنه أحمدُ إلى ما نَقَلَه الجماعةُ.

ينظر: المغني ١٤/ ٤١٣.

(٢) سقط من ط.

كتاب الاستيلاد

الكلام في هذا الكتاب في مواضع: في تفسير الاستيلاد لغةً وعرفاً، وفي بيان شرطه، وفي بيان صفته، وفي بيان حكمه، وفي بيان ما يظهر به.

أما تفسيره لغةً، فالاستيلاد في اللغة: هو طلب الولد؛ كالاستيهاب والاستئناس أنه طلب الهبة والأنس.

وفي العرف:

هو تصير الجارية أم ولد، يُقال فلان استولد جاريته إن صيرها أم ولده[1].

وعَلَىٰ هذا قلنا إنه يستوي في صيرورة الجارية أم ولد، الولد الحي والميت؛ لأنَّ الميتَ

---

(١) أمُّ الوَلَدِ: هي التي وَلَدَت مِن سَيِّدِها في مِلْكِه. ولا خِلافَ في إباحةِ التَّسَرِّي ووَطْءِ الإماءِ؛ لقولِ الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ، إلاَّ عَلَى أَزْواجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فإنَّهُم غَيْرُ مَلُومِينَ﴾. وقد كانت مارِيَةُ القِبْطِيَّةُ أمَّ وَلَدٍ لِلنَّبيِّ ﷺ، وهي أمُّ إبراهيمَ ابنِ النَّبيِّ ﷺ، التي قال: «أَعْتَقَها وَلَدُها». وكانتْ هاجَرُ أمُّ إسماعيلَ عليه السلام، سُرِّيَّةً لإبراهيمَ خَلِيلِ الرحمٰنِ عليه السَّلام. وكان لعمرَ بنِ الخَطَّابِ، رَضِيَ الله عنه، أُمَّهاتُ أوْلادٍ وَصَّى لكُلِّ واحِدَةٍ منهنَّ بأَرْبَعِمائةٍ أربعِمائةٍ. وكان لعَلِيٍّ، رَضِيَ الله عنه، أمَّهاتُ أوْلادٍ. ولكثير من الصحابَةِ. وكان عليُّ بنُ الحسينِ، والقاسِمُ بنُ محمد، وسالِمُ بن عبد الله، من أُمَّهاتِ أوْلادٍ. ويُرْوَى أنَّ النَّاسَ لم يكونُوا يَرْغَبُون في أمَّهاتِ الأوْلادِ، حتى وُلِدَ هؤلاء الثَّلاثةُ من أُمَّهاتِ الأوْلادِ، فرَغِبَ الناس فِيهِنَّ. ورُوِيَ عن سالِمِ بنِ عبد الله، قال: كان لابْنِ رَواحَةَ جارِيَةٌ، وكان يُرِيدُ الخَلْوَةَ بها، وكانت امْرَأَتُه تَرْصُدُه، فخعلاَ البيتُ، فوَقَعَ عليها، فنَذِرَتْ به امْرَأَتُه، وقالتْ: أفَعَلْتَها؟ قال: ما فَعَلْتُ. قالتْ: فاقْرَأْ إذاً. فقال:

شَهِدْتُ بأَنَّ وَعْدَ الله حَقٌّ ... وأنَّ النَّارَ مَثْوَى الكافِرِينَا

وأنَّ العَرْشَ فَوْقَ الماءِ طافٍ ... وفَوْقَ العَرْشِ رَبُّ العالَمِينَا

وتَحْمِلُه مَلائِكَةٌ شِدادٌ ... مَلائِكَةُ الإلٰهِ مُسَوِّمِينَا

فقالتْ: أمَّا إذا قَرَأْتَ فاذْهَبْ إذاً. فأَتَى النَّبيَّ ﷺ، فأخْبَرَه، قال: فلقد رَأَيْتُه يَضْحَكُ حتى تَبْدُوَ نَواجِذُه، ويقول: «هِيهِ، كَيْفَ قُلْتَ؟». فأكَرَّرَه عليه، فيَضْحَكُ.

ينظر: المغني (١٤/ ٥٨٠، ٥٨١).

وَلَدٌ بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة به نفساء، وكذا لو أسقطت سقطاً قد استبان خلقه أو بعض خلقه، وأقر به، فهو بمنزلة الولد الحي الكامل الخلق في تصيير الجارية أم ولد؛ لأن أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط، وهو ما ذكرنا.

وإن لم يكن استبان شيء من خلقه، فألقت مضغة أو علقة أو نطفة، فادعاه المولى، فإنها لا تصير أم ولد؛ كذا روى الحسن عن أبي حنيفة، لأنه ما لم يستبن خلقه لا يسمى ولداً، وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محالٌ، ولأنه يحتمل أن يكون ولداً، ويحتمل أن يكون دماً جامداً أو لحماً، فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك، وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا.

وللشافعي فيه قولان: في قولٍ قال: يصب عليه الماء الحار، فإن ذاب فهو دم، وإن لم يذب فهو ولد، وفي قولٍ قال: يرجع فيه إلى قول النساء.

والقولان فاسدان لما ذكرنا في «كتاب الطلاق».

ولو أقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية مني، صارت أم ولد له، لأن الإقرار بالحمل إقرار بالولد؛ إذ الحمل عبارة عن الولد.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قال: حمل هذه الجارية منيّ، أو قال: هي حبلى مني، أو قال: ما في بطنها من ولد فهو مني، ثم قال بعد/ ذلك: لم تكن حاملاً، وإنما كان ٢/١٩٣أ ريحاً، وصدقته الأمة، فإنهما لا يصدقان وهي أم ولد، لأنه أقر بحملها، والحملُ عبارة عن الولد، وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد، فإذا رجع لم يصح رجوعُهُ ولا يلتفت إلى تصديقها؛ لأن في الحرية حق الله ـ تعالى ـ؛ فلا يحتمل السقوط بإسقاط العبد، ولو قال: ما في بطنها مني، ولم يقل من حملٍ أو ولدٍ، ثم قال بعد ذلك: كان ريحاً، وصدقته، لم تصر أم ولد، لأن قوله «ما في بطنها» يحتمل الولد والريح، فقد تصادقا على اللفظ المحتمل، فلم يثبت الاستيلاد.

ولو قال المولى: إن كانتْ هذه الجاريةُ حبلى فهو مني، فأسقطت سقطاً قد استبان خلقه أو بعض خلقه، صارت أم ولد لما بينا، فإن ولدت ولداً لأقلِّ من ستة أشهر، صارت أم ولد له، ولأن الطريق إلى ثبوت نسب الحمل منه هذا؛ لأن معنى قوله: «إن كانت حبلى فهو مني»؛ أي: إني وطئتها فإن حبلت من وطءٍ فهو مني، فإذا أتت بعد هذه المقالة بولدٍ لأقل من ستة أشهر تَيَقَّنَّا أنها كانت حاملاً حينئذٍ، فثبت النسب والاستيلاد.

فإن أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأةٌ، لزمه النسب؛ لأن الزوج إذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأتِهِ على الولادةِ على ما ذكرنا في «كتاب الطلاق»؛ فإن جاءت لستة أشهر فصاعداً، لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولد؛ لأنا نعلم وجود هذا الحمل في ذلك الوقت؛ لجواز أنها حملت بعد ذلك، فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك.

فصل في سبب الاستيلاد

وأما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية أم ولد له[1]، فقد اختلف فيه، قال أصحابنا: سببه هو ثبوت نسب الولد.

(١) ذكر الخرقي من الحنابلة لمَصِيرها أُمَّ ولَدٍ شُروطاً ثلاثَةٍ؛ أحدُها، أنْ تَعْلَقَ منه بحُرّ. فأمّا إنْ علِقَتْ منه بمَمْلُوكٍ، ويُتَصَوَّرُ ذلك في المِلْكِ في مَوْضِعَين؛ أحدُهما، في العبدِ إذا مَلَّكه سَيِّدُه، وقُلْنا: إنَّه يَمْلِكُ. فإنَّه إذا وَطِىءَ أَمَتَه واسْتَوْلَدَها، فوَلَدُه مَمْلوكٌ، ولا تَصِيرُ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ يثْبُتُ لها حكمُ الاسْتيلادِ بذلك، وسَواءٌ أذِنَ له سَيِّدُه في التَّسَرِّي بها أو لم يَأْذَنْ له. والثاني، إذا اسْتَوْلَدَ المُكاتَبُ أَمَتَه، فإنَّ ولدَه مَمْلوكٌ له، وأمَّا الأمَةُ، فإنَّه لا تَثْبُتُ لها أحكامُ أمِّ الولدِ في العِتْقِ بمَوْتِه في الحالَيْنِ؛ لأنَّ المُكاتَبَ ليس بحُرٍّ، وولده منها ليس بحر فأوْلَى أنْ لا تَتَحَرَّرَ هي. ومتى عجَزَ المُكاتَبُ، وعادَ إلى الرِّقِّ، أو ماتَ قبلَ أداءِ كِتابَتِه، فهي أمَةٌ قِنٌّ، كأَمَةِ العبدِ القِنِّ. وهل يَمْلِكُ المُكاتَبُ بَيْعَها، والتَّصَرُّفَ فيها؟ فيه اخْتلافٌ، ذكرَ القاضي في مَوْضِعٍ، أنَّه لا يثْبُتُ فيها شيءٌ من أحْكام الاسْتِيلادِ، ولا تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ بحالٍ. وهذا أحدُ قَوْلَي الشافِعِيِّ، لأنَّها عَلِقَت بمَمْلوكٍ في مِلْكٍ غيرِ تامٍّ، فَلم يثْبُتْ لها شيءٌ من أحْكام الاسْتِيلادِ، كأَمَةِ العبدِ القِنِّ. وظاهِرُ المذهبِ أنَّها مَوْقُوفَةٌ، لا يَمْلِكُ بَيْعَها، ولا نَقْلَ المِلْكِ فيها، فإنْ عتَقَ، صارَتْ له أُمَّ ولدٍ، تَعْتِقُ بمَوْتِه، فيثْبُتُ لها من حُرْمَةِ الاسْتِيلادِ، ما يثْبُتُ لوَلَدِها من حُرْمَةِ الحُرِّيَّةِ. وقد نَصَّ أحمدُ - رضي الله عنه - على مَنْع بَيْعِها، ومَفْهومَ كَلامِ الْخَرَقِيِّ، يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْن جميعاً. الشرطُ الثاني - أن تَعْلَقَ منه في مِلْكِه، سَواءٌ كان من وَطْءٍ مُباحٍ أم مُحرَّمٍ، مثل الوَطْءِ في الحَيْضِ، أو النِّفاسِ، أو الصَّوْمِ، أو الإِحْرامِ، أو الظِّهارِ، أو غيرِه. فأمَّا إنْ عَلِقَتْ منه في غيرِ مِلْكِه، لم تصِرْ بذلك أُمَّ ولدٍ، سَواءٌ عَلِقَتْ منه بمَمْلُوكٍ، أو غر من أمَةٍ، وتَزَوَّجها على أنَّها حُرَّةٌ فاسْتَوْلَدَها، أو اشْتَرَى جارِيَةً فاسْتَوْلَدَها، فبانَتْ مُسْتَحَقَّةً، فإنَّ الولدَ حُرٌّ، ولا تَصِيرُ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ في هذه المواضِعِ بحالٍ. وفيه وَجْهٌ آخَرُ، أنَّه إنْ مَلَكَها بعدَ ذلك، صارَتْ أُمَّ ولدٍ. وقد ذَكَرْنا الخِلافَ في ذلك، في المسألَةِ التي قبلَ هذه. والمقصودُ بذكْرِ هذه الشُّروطِ هٰهُنا، ثُبوتُ الحُكْمِ عندَ اجْتِماعِها، وأمَّا انْتِفاؤُه عندَ انْتِفائِها، فيُذْكَرُ في مسائِلَ مُفْرَدَةٍ لها. الشرطُ الثالِثُ - أنْ تَضَعَ ما يَتَبَيَّنُ فيه شيءٌ من خلْقِ الإنسانِ؛ من رَأْسٍ، أو يَدٍ، أو رِجْلٍ، أو تَخْطيطٍ، سَواءٌ وضَعَتْه حَيًّا أو مَيِّتاً، وسَواءٌ أَسْقَطَتْه، أو كان تامًّا. قال عمرُ بنُ الخَطَّابِ - رضي الله عنه - إذا وَلَدَتِ الأَمَةُ من سَيِّدِها، فقد عَتَقَتْ وإنْ كان سَقْطاً، ورَوَى الأثْرَمُ، بإسْنادِه عن ابنِ عمرَ، أنَّه قال: أعْتَقَها ولدُها، وإنْ كان سَقْطاً. قال الأثْرَمُ: قلتُ لأبِي عبدِ الله: أُمُّ الولدِ، إذا أَسْقَطَتْ، لا تَعْتِقُ؟ فقال: إذا تَبَيَّنَ فيه يَدٌ، أو رِجْلٌ، أو شيءٌ من خَلْقِه، فقد عَتَقَتْ. وهذا قولُ الحسنِ، والشافِعِيِّ. وقال الشَّعْبِيُّ: إذا تَلَبَّثَ في الخَلْقِ الرَّابِعِ، فكان مُخَالَقاً، انقَضَتْ به عِدَّةُ الحُرَّةِ، وأُعْتِقَتْ به الأَمَةُ. ولا أعْلَمُ في هذا خِلافاً بينَ مَنْ قال بثُبوتِ حكم الاستِيلادِ. فأمَّا إنْ أَلْقَتْ نُطْفَةً، أو عَلَقَةً، لم يثْبُتْ به شيءٌ من أحْكام الولادَةِ؛ لأنَّ ذلك ليس بولدٍ. وَرَوَى يُوسُفُ بنُ موسى، أنَّ أبا عبد الله قيل له: ما تقولُ في الأَمَةِ إذا أَلْقَتْ مُضْغَةً أو عَلَقَةً؟ قال: تَعْتِقُ. وهذا قولُ إبراهيمَ النَّخَعِيِّ: وإنْ وَضَعَت مُضْغَةً لم يظْهَرْ فيها شيءٌ من خَلْقِ الآدمِيِّ، فشَهِدَ ثِقاتٌ مِن القَوابِلِ، أنَّ فيها صُورَةً خَفِيَّةً، تعَلَّقَتْ بها الأحْكامُ، لأنَّهُنَّ اطَّلَعْنَ على الصُّورَةِ التي خَفِيَتْ على غَيْرِهِنَّ. وإنْ لم يَشْهَدْن بذلك، لكنْ عُلِمَ أنَّه مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ، إمَّا بشَهادَتِهِنَّ، أو غيرِ ذلك، ففيه رِوايَتان، إحداهُما، لا تَصِيرُ به الأمَةُ أُمَّ ولدٍ، ولا تَنْقَضِي به عِدَّةُ الحُرَّةِ، ولا يجبُ على الضَّارِبِ المُتْلِفِ له الغُرَّةُ، ولا الكَفَّارَةُ. وهذا ظاهِرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ، والشافِعِيِّ، وظاهِر ما نَقَلَه الأثْرَمُ عن أحمدَ - رضي الله =

وقال الشافعي: سببه علوقُ الولد حُرّاً على الإطلاق، بعد اتفاقهم على أن حكم الاستيلاد في الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى.

والأصل فيه قول النبي ﷺ في جاريته مارية القبطية[1] لمَّا ولدتْ إبراهيم ابن النبيِّ ـ عليه الصلاة والسلام ـ: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**» والمراد منه التسبيب، أي: ولدها سبب عتقها، غير أنهم اختلفوا في جهة التسبيب، فقال أصحابنا هي ثبوت نسب الولد، وقال الشافعي: هي علوق الولد حرّاً مطلقاً.

وجه قوله إن الولد حر بلا شك، وأنه جزء الأم، وحرية الجزء تقتضي حرية الكل؛ إذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقاً والجزء حرّاً، كان ينبغي أن تعتق الأم للحال إلا أنه إنما لا تعتق؛ لأن الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الأم كما لو أعتق الجنين، فقلنا بثبوت حق الحرية في الحال وتأخر الحقيقة إلى بعد الموت؛ عملاً بالشبهين.

ولنا: أن الوطء المعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيئاً واحداً وانخلاق الولد منه، فكان الولد جزءاً لهما، وبعد الانفصال عنها إن لم يبق جزءاً لها على الحقيقة، فقد بقي حكماً لثبوت النسب، ولهذا تنسب كل الأم إليه بواسطة الولد، يقال أم ولده، فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الحرية للحال، فَإذا بقيتْ حكماً ثبت الحق على ما عليه [وضع مَأْخَذ الحجج][2] في ترتيب الأحكام على قدر قوتها وضعفها، وإلى هذا المعنى أشار عمر ـ رضي الله عنه ـ فقال: أَبعْدَ ما اختلطتْ لحومكُم بلحومهنَّ، ودماؤكم بدمائهنَّ، تُرِيدُونَ بَيْعَهُنَّ.

= عنه ـ وظاهِرُ قَوْلِ الحسنِ، والشَّعْبِيِّ، وسائِرِ مَنْ اشْتَرطَ أنْ يَتَبَيَّن شيءٌ فيه من خَلْقِ الآدَمِيِّ، لأنَّه لم يَبِنْ فيه شيءٌ من خَلْقِ الآدَمِيِّ، أشْبَهَ النُّطْفَةَ والعَلَقَةَ. والثانِيَةُ ـ تَتَعَلَّقُ به الأحْكامُ الأرْبعةُ، لأنَّه مُبْتَدأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ، أشْبَهَ إذا تَبَيَّنَ. وخرَّجَ أبو عبدِ الله بن حامدٍ رِوايَةً ثالِثَةً، وهو أنَّ الأمَةَ تصيرُ بذلك أمَّ ولدٍ، ولا تنْقَضي به عِدَّةُ الحُرَّةِ، لأنَّه رُوِيَ عن أحمدَ ـ رضي الله عنه ـ في الأمَةِ إذا وضَعَت، فمَسَّتْه القَوابِلُ، فَعلِمْنَ أنَّه لحمٌ، ولم يَتَبَيَّنْ لحمهُ: تَحْتاطُ في العِدَّة بأُخْرَى، ويَحْتاطُ بعِتْقِ الأمَةِ. وظاهِرُ هذا، أنَّه حَكَمَ بعِتْقِ الأمَةِ، ولم يحْكُمْ بانْقِضاء العِدَةِ؛ لأنَّ عتقَ الأمَةِ يحْصُلُ للحُرِّيَةِ، فاحْتِيطَ بتَحْصِيلِها، والعِدَّةُ يتَعلَّقُ بها تَحْرِيمُ التَّزْوِيجِ وحُرْمَةُ الفَرْجِ، فاحْتِيطَ بإبْقائِها. وقال بعضُ الشافِعِيَّةِ بالعَكْسِ. لا تَجبُ العِدَّةُ، ولا تصيرُ الأَمَةُ أُمَّ ولَدٍ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ كُلِّ واحِدٍ منهما، فيَبقَى على أصْلِه. ولا يصِحُ، لأنَّ العِدَّةَ كانت ثابتَةً، والأَصْلُ بقاؤُها على ما كانت عليه، والأَصْلُ في الآدَمِيِّ الحُرِّيَّةُ، فنُغَلِّبُ ما يُفْضِي إليها.

ينظر: المغني (١٢/ ٥٩٥ ـ ٥٩٧).

(١) ينظر ترجمتها في الأصابة (٨/ ٣١٠ ـ ٣١١) وأسد الغابة ت (٧٢٧٦) والاستيعاب ت (٣٥٤٣).

(٢) في أ: وضع قاعدة الشرع.

ثم اختلف أصحابنا في كيفية هذا السبب، فقال علماؤنا الثلاثة: السبب هو ثبوت النسب شرعاً.

وقال زفر: هو ثبوت النسب مطلقاً، سواء ثبت شرعاً أو حقيقةً.

وبيان هذه الجملة في مسائل: إذا تزوج جارية إنسان فاستولدها ثم ملكها، صارت أم ولد له عند أصحابنا؛ لأن سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب، [وقد ثبت فتحقق السبب][1] إلاَّ أنه توقف الحكم على وجود الملك، فتعذر إثبات حكمه وهو حق الحرية في غير الملك؛ كما يتعذر إثبات الحقيقة في غيره، فتأخر الحكم إلى وقت الملك، وَعِنْدَ الشافعي لا تصير أم ولد له، وهو قول إبراهيم النخعي؛ لأن السبب عنده علوق الولد حرّاً على الإطلاق ولم يوجد، لأن الولد رقيق في حق مولاه، وإذا ملك ولده الذي استولده عتق عليه بالإجماع.

أما عندنا فلأنه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق، وأما عنده فلأنه ملك ولداً ثابت النسب منه شرعاً.

وكذلك إذا ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطءٍ بشبهةٍ ثم ملكها، فقد صارت أم ولد له حين ملكها؛ عندنا لوجود السبب، وعنده لا لانعدام السبب، ولو ملك الولد عتق لما قلنا.

ولو زنى بجارية فاستولدها بأنْ قال: زنيتُ بها، أو فَجَرْتُ بها، أو قال: هو ابني من زناً أو فجور/ ، وصدقته وصدقه مولاها، فولدت ثم ملكها، لم تصر أم ولد له؛ عند أصحابنا الثلاثة، وهو استحسانٌ. ٢/١٩٣ب

والقياس: أن تصير أم ولد له، وهو قول زفر؛ بناءً على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقاً، وقد ثبت النسب حقيقة بدليل أنه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلافٍ بين أصحابنا، والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعاً ولم يثبت.

فصل في شروط الاستيلاد

وأما شرطه، فما هو شرط ثبوت النسب شرعاً: وهو الفراش، ولا فراش إلا بملك اليمين، أو شبهة، أو تأويل الملك، أو ملك النكاح، أو شبهته، ولا تصير الأمة فراشاً في ملك اليمين بنفس الوطء، بل الوطء مع قرينة الدعوى عندنا، وهي من مسائل كتاب الدعوة، فلا يثبت الاستيلاد بدون الدعوة، ويستوي في الاستيلاد ملك القنة والمدبرة لاستوائهما في إثبات النسب، إلا أن المدبرة إذا صارت أم ولد بطل التدبير؛ لأن أمية الولد أنفع لها.

---

(١) في أ: وقد تحقق.

ألاَ ترى أن أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى، ويستوي في ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها.

وكذا في الاستيلاد حتى لو أن جارية بين اثنين علقت في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما، يثبت نسبه منه، وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان، وهو نصف قيمة الجارية، ويستوي في هذا الضمان اليسار والإعسار، ويغرم نصف العقر لشريكه، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً.

أما ثبوت النسب فلحصول الوطء في محل له فيه ملك؛ لأن ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره، والنسب لا يتجزأ، وإذا ثبت في بعضه ثبت في كله ضرورة عدم التجزىء، ولأن النسب ثبت بشبهة الملك؛ فلأن يثبت بحقيقة الملك أَوْلَىٰ.

وَأَمَّا صيرورةَ الجارية كلها أم ولد له فالنصف قضية للنسب[1]؛ لأن نصف الجارية مملوك له، والنصف الآخر إما باعتبار أن الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه، فإذا ثبت في البعض يثبت في الكل لضرورة عدم التجزي، وإما باعتبار أنه وجد سبب التكامل، وهو النسب على كونه متجزئاً في نفسه؛ لأن سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب، والنسب لا يتجزأ، والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاد وفي نصيبه قضية للسبب، ثم يتكامل في الباقي بسبب النسب، وإما اعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف في الخلافيات، ثم لا سبيل إلى التكامل بدون ملك نصيب شريكه، فَيَصِيرُ متملكاً نصيب شريكه؛ ضرورة صحة الاستيلاد في ذلك النصيب، ولا سبيل إلى ما تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل، وهو نصف قيمتها، وإنما استوى في هذا الضمان حالة اليسار والإعسار؛ لأنه ضمان ملك كضمان المبيع.

وأما وجوب نصف العقر فلوجود الإقرار منه بوطء ملك الغير، وإنه حرام إلاَّ أن الحد لم يجب لمكان شبهة لحصول الوطء في ملكه وملك شريكه، فلا بد من وجوب العقر، ولا يدخل العقر في ضمان القيمة؛ لأن ضمان نصف القيمة ضمان الجزء، وضمان البضع ضمان الجزء، ولأن منافع البضع لها حكم الأجزاء، وضمان الجزء لا يدخل في مثله.

وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد؛ فلأنه يملك نصيب شريكه بالعلوق السابق، فصار الولد جارياً على ملكه، فلا يكون مضموناً عليه، ولأن الولد في حال العلوق لا قيمة له، فلا يقابل بالضمان، ولأنه كان بمنزلة الأوصاف فلا يفرد بالضمان، ويستوي في ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولد ملك الذات وملك اليد؛ كالمكاتب إذا استولد جارية من إكسابه على

---

(١) في ط: للتسبب.

ما نذكر في «كتاب الدعوى» إن شاء الله ـ تعالى ـ، ويستوي في دعوى[1] النسب حالة الصحة والمرض، لأن النسب من الحوائج الأصلية.

وكذلك إذا دعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج القول منهما معاً، فعتقه باطلٌ، ودعوة صاحبه أولى؛ لأن الدعوى استندت إلى حالة متقدمة وهي العلوق، والعتق وقع في الحال، فصارت الدعوة أسبق من الإعتاق، فكانت أولى، وإن ادعياه جميعاً فهو ابنهما والجارية أم ولد لهما، تخدم لهذا يوماً ولذاك يوماً، ولا يضمن واحدٌ منهما من قيمة الأم لصاحبه شيئاً، ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصاً.

أما ثبوت النسب منهما فمذهبنا، عند الشافعي يثبت من أحدهما، ويتعين بقول القافة، وهي من مسائل «كتاب الدعوى».

وأما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد [له][2]، فلثبوت نسب ولدها منه، فصار كأنه/ انفرد بالدعوة، وإنما لا يضمن أحدهما للآخر شيئاً من قيمة الأم، لأن نصيب كل واحد منهما لم ينتقل إلى شريكه، وإنما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان، وهو الإقرار بالوطء في ملك الغير، فيصير أحدهما قصاصاً للآخر لعدم الفائدة في الاستيفاء. ٢/ ١٩٤أ

وكذلك لَوْ كَانَتِ الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة، فادعوه جميعاً معاً، يثبت نسبه منهم، وتصير الجارية أم ولد لهم في قول أبا حنيفة، وعند أبي يوسف لا يثبت النسب من أكثر من اثنين، وعند محمد من أكثر من ثلاثة، ونذكر الحجج في «كتاب الدعوى» إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وإن كانت الأنصباء مختلفة بأن كان لأحدِهم السدس والآخر الربع والآخر الثلث، ولآخر ما بقي يثبت نسبة منهم، ويصير نصيب كُلِّ واحدٍ منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه، حتى لا تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم؛ لأن كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه في نصيبه، فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره.

ولو كانت الأمة بين الأب والابن، فجاءت بولدٍ فادعياه جميعاً معاً، أو كانت بين حر وعبد فادعياه، أو بين حُرٍّ وَمُكَاتَبٍ، أو بين مكاتب وعبد، أو بين مسلم وذمي، أو بين كتابي ومجوسي، أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم وبين حُرٍّ كافرٍ، أو بين ذمي ومرتد، فحكمه يذكر في «كتاب الدعوى».

---

(١) في ط: دعوة.

(٢) سقط من ط.

هذا إذا كان العلوق في ملك المدعيين، فإن لم يَكُنْ بأنِ اشترياها وهي حامل، فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو كلاهما، فهو من مسائل الدعوة، نذكره هناك، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وكذا إذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين، فادعى كل واحد منهما ولداً ولدتهما في بطن أو بطنين، والدعوتان خرجتا معاً أو على التعاقب، وكذا إذا ولدت جارية لإنسان ثلاثة أولاد، فادعى أحدهم، وهم ولدوا في بطن واحد أو في بطون مختلفة، وادعى المولى أحدهم بعينه أو بغير عينه، فحكم هذه الجملة في «كتاب الدعوى»؛ وكذا دعوة الأب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيط[1] مع فصولها تذكر ثمة، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

أمة بين رجلين أقرَّ أحدُهما أنها أم ولد لصاحبه، وأنكر ذلك صاحبه، قال أبو حنيفة يبطل حق الشاهد في رقبتها، موسراً كان المشهود عليه أو معسراً، وتخدم المشهود عليه يوماً ويرفع عنها يوماً، فإن مات المشهود عليه سعت لورثته، وكانت في حال السعاية كالمكاتبة، فَإنْ أدت عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه والنصف لبيت المال، وهو قول أبي يوسف الآخر.

وقال محمدٌ: يسعى الساعة في نصف قيمتها للمشهود عليه، فإذا أدت فهي حُرَّةٌ، ولا سبيل لأحدٍ عليها.

وجه قولِهِ إن المقر قد أفسد على شريكه ملكه بإقراره؛ لأنه لما لم يصدقه الشريك انقلب إقراره على نفسه، فمن اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان قد أعتقه، وأنكر البائع، أنه ينقلب إقراره عليه ويجعل معتقاً؛ كذا هٰهنا؛ وإذا انقلب إقراره على نفسه صار مقرّاً بالاستيلاد في نصيبه، ومتى ثبت في نصيبه ثبت في نصيب صاحبه؛ لأنه لم يتجزأ، فقد أفسد نصيب صاحبه، لكن لا سبيل إلى تضمينه لأن شريكه قد كذبه في إقراره، فكان لشريكه السعاية؛ كما لو أعتق المقر نصيبه وهو معسر، وإذا سعت في نصيبه وعتق نصيبه، يعتق الكل لعدم تجزيء العتق عنده.

ولهما: أن المقر بهذا الإقرار يدعي الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل النقل والملك، ويجب الضمان فيه على الشريك في حالة اليسار والإعسار، ودعوى الضمان توجب براءة الأمة عن السعاية، فبطل حقه في رقبتها وبقي حق المنكر[2] في نصيبه كما كان؛ ولأن المقِّر لا يخلو إما أن كان صادقاً في الإقرار، وإما أن كان فيه كذباً، فإن كان صادقاً كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه، فيسلم له كمال الاستخدام، وَإن كان كاذباً كانت الجارية بينهما على ما كانت قبل الإقرار، فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين،

---

(١) في أ: الأب.
(٢) في أ: الشريك.

واعتبار هذا المعنى يوجب أن لا سعاية عليها أيضاً، فأما المقر فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة لزعمه أن كل الخدمة لشريكه، إلا أنَّ شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع هذه الجارية متعذرٌ؛ لأن الشاهد أقرَّ أنها أم ولد، وحين ما أقر كان له ملك فيها في الظاهر، فينفذ إقراره في حقه، وإذا مات المشهود عليه فإنها تسعى في نصف/ قيمتها لورثته؛ لأن في زعم الشاهد أنها عُتقت بموت صاحبه لزعمه أنها أم ولد صاحبه، والأمة المشتركة بين اثنين إذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق، كان له عليها السعاية، وإن كذبه صاحبه في الإقرار؛ كذلك هٰهنا. ٢/١٩٤ب

ونصف الولاء للمشهود عليه؛ لأنها عتقت على ملكه ووقف النصف الآخر، لأن المقر أقر أنه للمشهود عليه، والمشهود عليه رد عليه قراره، فلا يعرف لهذا النصف مستحقٌ معلومٌ، فيكون لبيت المال.

فإن جاءت بولد فقال أحدُهما: هو ابن الشريك، وأنكر الشريك، فالجواب في الأم كذلك، وأما الولد فيعتق ويسعى في نصف قيمته للمشهود عليه؛ لأن الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة شريكه، وأحد الشريكين إذا شهد على الآخر بالعتق وأنكر الآخر، يسعى العبد للمشهود عليه، وفي مسألتنا لا يسعى للشاهد؛ لأنه أقر أنه حُرُ الأصل، وأنه لا سعاية عليه.

ونظير هذه المسألة ما روى بشر عن أبي يوسف في جاريةٍ بين شريكين ادَّعى أحدُهما أن شريكه دَبَّرَهَا، وأنكر الشريك، فإن أبا حنيفة قال: الشاهد بالخيار إن شاء دبر فخدمته يوماً، والآخر يوماً وإن شاء أمسك ولم يدبر فخدمته يوماً والآخر يوماً، وإن شاء استسعاها في نصف قيمتها، فسعت له يوماً وخدمتِ الآخر يوماً، فإذا أدت فعتقت سعت للآخر، وكان قول أبي يوسف في ذلك أنها كأم الولد، ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة إلا في تبعيض التدبير وقال محمدٌ تسعى الساعة.

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ على نحو ما ذكرنا في الاستيلاد، وهو أن الشريك لما لم يصدقه في إقراره انقلب عليه إقراره، وثبت التدبير في نصيبه، وأنه يتعدى إلى نصيب المنكر لعدم تجزىء التدبير عنده، فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر إيجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه إياه، فتسعى الجارية له، كما لو أنشأ التدبير في نصيبه، ومن أصل أبي حنيفة أن التدبير يتجزأ، فلا يصير نصيبه بإقراره بالتدبير على صاحبه مدبراً، كما لو دبر أحد الشريكين نصيبه أنه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير والاستسعاء والترك على حاله، إلاَّ أن هٰهنا لو اختار السعاية فإنما يستسعاها يوماً ويتركها يوماً، لأنه لا يملك جميع منافعها، فلا يملك أن يستسعي إلاَّ على مقدار حقِّه، فإذا أدت عتق نصيبه، ويسعى للمنكر في نصيبه؛ لأنه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر، فكان له أن يستسعي.

وأبو يوسف وافق أبا حنيفة إلا أنه يقول إن التدبير يتجزأ، فهو بدعوى التدبير على

شريكه يدعي الضمان عليه، موسراً كان أو معسراً، فكان مبرئاً للأمة عن السعاية، فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه إذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه، أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد، فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الأمة، موسرين كانا أو معسرين؛ لأن كل واحد منهما يدعي حق الحرية من جهته والإبراء للأمة من السعاية ويدعي الضمان على شريكه.

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ فأما محمد فوافق أبا حنيفة في هذا الفصل لأن كل واحد من الشريكين هٰهنا أبرأ الأمة من السعاية، وادعى الضمان على شريكه.

وروى المعلى عن أبي يوسف في عبدٍ بين شريكين قال أحدهما للآخر: هذا ابني وابنك، أو ابنك وابني، فقال الآخرُ: صدقت، فهو ابن المقر خاصَّةً دون المصدق؛ وكذلك قال محمدٌ في الزيادات في صبي لا يعقل في يد رجلين قال أحدُهما للآخر: هو ابني وابنك، وصدقه صاحبه.

وإنما كذلك لأنه قال «هو ابني» فكما قال ذلك[1] ثبت نسبه منه لوجود الإقرار منه بالنسب في ملكه، فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك، قال محمد لو قال هذا ابنك وَسَكَتَ فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابني معك، فهو موقوف، فإن قال صاحبه هو ابني دونك، فهو كما قال؛ لأنه أقر له بالنسب ابتداءً وسكت، فقد استقر إقراره ووقف على التصديق، فقوله بعد ذلك هو ابني يتضمن إبطال الإقرار، فلا يسمع، فإذا وجد التصديق من المقر له ثبت النسب منه، قال: فإن قال المقرُّ له: ليس بابني ولكنه ابنك، أو قال: ليس بابني ولا ابنك، أو قال ليس بابني وسكت، فليس بابنٍ/ لواحدٍ منهما في قياس قول أبي حنيفة. ٢/ ١٩٥أ

وقال محمد إن صدقه فهو ابن المقر له، وإن كذبه فهو ابن المقر.

فهذا فرعُ اختلافهم فيمن أقر بعبدٍ أنه ابن فلان وكذبه المُقَرُّ له وادعاه المولى، أنه لم تصح دعوته في قول أبي حنيفة، وفي قولهما تصح.

وجه قولهما إنه لما كذبه المقر له فقد بطل إقراره كما في الإقرار بالمال، وإذا بطل إقراره التحق بالعدم، فجاز أن يدعيه لنفسه، ولأبي حنيفة أنه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم أنه ثابت النسب منه، فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا في حق المقر[2]، بل بقي ثابت النسب

(١) في أ: هذه المقالة.
(٢) في ط: الشريك.

منه في حقه، فإذا ادعى ولداً هو ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع دعواه، ولو قال هو ابني وابنك فهو من[1] الثاني؛ لأنَّهُ لما قال: «هو ابني»، فقد صدقه، فقد ثبت نسبه منه، فإقراره بعد ذلك بقوله: «ابنك» لم يصح، قال محمد فإن كان هذا الغلام يعقل، فالمرجع إلى تصديقه؛ لأنه إذا كان عاقلاً كان في يد نفسه، فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه.

قال: وإن كان الولد من[2] أمة ولدته في ملكهما، فالجواب كالأول في النسب أن على قول أبي حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه، وعلى قولهما يثبت، قال والأمة أم ولد لمن ثبت النسب منه، لأن الاستيلاد يتبع النسب.

ومن هذا النوع: ما إذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولدٍ في ملكهما لستة أشهر فصاعداً، وادعى أحدهما أن الولد ابنه، وادعى الآخر أن الجارية بنته، وخرجت الدعوتان معاً، فالدعوة دعوة مَنْ يَدَّعِي الولد، ودعوة مدعي الأم باطلةٌ؛ لأنَّ مدعي الولد دعوته دعوة الاستيلاد، والاستيلاد يستند إلى وقت العلوق، ومدعي الأم دعوة تحرير، والتحرير يثبت في الحال ولا يستند، فكانت دعوة مدعي الولد سابقة، فثبت نسب الولد منه، ويصير نصيبه من الجارية أم ولد له، وينتقل نصيب شريكه منها إليه، فكان دعوى الشريك دعوى فيما لا يملك، فلا يسمع، وهل يضمن مدعي الولد بنصف قيمة الأم ونصف عقرها، قال محمدٌ: يضمن.

وَذكر في الجامع الكبير: أنَّ هذا قياس قول أبي حنيفة وهي رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا شيء على مدعي الولد مِنْ قيمةِ الأم ولا من العقر، ولا شيء له أيضاً على مدعي الأم، فإن أكذب مدعي الأم نفسه، فله نصف قيمة الأم، ونصف عقرها على مدعي الولد، وذكر الكرخي أن هذا قول أقيس.

وَوَجْهُهُ أنَّ مدَّعِي الأم أقر أنها حُرَّةُ الأصل، فكان منكراً ضمان القيمة، فلا يثبت له حق التضمين، فإنْ رجع عن دعواه وأكذب نفسه، ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف أنه لما ثبت نسب الولد من المدعي، فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد له، فكذا نصيب شريكه لعدم تجزيء الجارية في حق الاستيلاد فيما يحتمل النقل، فصار متلفاً نصيب شريكه عليه، ولا يجوز تملك مال الغير إلا بعوض، فيضمن لشريكه نصف قيمة الأم، ويضمن له نصف عقر الجارية أيضاً، لأن الوطء لاقاها ونصفها مملوك للشريك، فما صادف ملك غيره يجب به العقر.

وأما قوله: إن مدعي الأم أقر أنها حرة الأصل، فالجواب من وجهين:

---

(١) في أ: ابن.

(٢) في أ: ابن.

أحدهما: أنه لما قضى بكونها أم ولد للمدعي فقد صار مكذباً شرعاً، فبطل؛ كما لو ادعى المشتري أنه اشترى الدار بألف، وادعى البائع البيع بألفين، وأقام البائع البينة، وقضى القاضي بألفين على المدعى عليه ـ أن الشفيع يأخذها بالألفين من المشتري، وإن سبق من المشتري الإقرار بالشراء بألفٍ لما أنه كذبه شرعاً؛ كذا هذا.

والثاني: إنَّ إِقراره بحريتها وجد بعد ما حكم بزوالها عن ملكه؛ لأنها جعلت زائلة عنه من وقت العلوق، فلم يصح إقراره، فلم يصر إقراره إبراء إياه عن الضمان كما في مسألة الشفيع.

ومن مسائل دعوى الولد: إذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولدٍ ليس له نسب معروف، فادعاه المولى ثبت نسبه منه، صدقته أم كذبته، وسواءٌ جاءت بالولد لستة أشهر، أو لأكثر أو لأقل، فإنَّ نسب الولد يثبت على كل حال إذا دعاه، لأن المكاتبة باقية على ملك المولى، فكان ولدها مملوكاً له، ودعوة المولى ولد أمته لا تقف صحتها على التصديق، وعَتق الولد؛ لأن نسبه ثبت من/ المولى ولا ضمان عليه فيه؛ لأن غرض المكاتبة من الكتابة عتقها وعتق ٢/ ١٩٥ب أولادها، وقد حصل لها هذا الغرض، فلا يضمن لها شيئاً، ثم إن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر فعليه العقر؛ لأنه تبين أن الوطء حصل في حال الكتابة.

وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه؛ لأنه علم أنه وطئها قبل الكتابة، والمكاتبة بالخيار إن شاءت مضت على كتابتها، وإن شاءت عجزت [نفسها][1]، لأن الحرية توجهت إليها من جهتين، ولها في كل واحدة منهما غرض صحيح، لأن بالكتابة تتعجل لها الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية، فكان التخيير مفيداً، فكان لها أن تختار أيهما شاءت.

وإن ادعى المولى ولد جارية المكاتب له، وقد علقت به في ملك المكاتب، فإنه يرجع إلى تصديق المكاتب، فإن كذب المولى ـ لم يثبت نسب الولد، ولا تصير الجارية أم ولد له، وكانت الجارية وولدها مملوكين، وإن صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد.

وذكر محمد في «الزيادات» ولم يحك خلافاً؛ وكذا ذكر في الدعاوى إلا أنه قال أَسْتَحْسِنُ ذلك إذا كان الحبل في ملك المكاتب، وهذا يشير إلى أن القياس أن لا يعتق الولد، وإن صدقه المكاتب، وهو رواية عن أبي يوسف، وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب، وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق، فكذا

---

(١) سقط من ط.

مع التصديق، لأن المكاتب لا يملك التحرير بنفسه، فلا يملك التصديق بالحرية أيضاً، وجه الرواية الأخرى لأبي يوسف أنَّ حَقَّ الرجل في مال مكاتبه أقوى من حقه في مال ولده، فلما ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق، فهٰهنا أولى.

وجه ظاهر الرواية: أن حق المكاتب في كسبه أقوى من حق المولى، بدليل أنه لا يملك النزع من يده، فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة الأجنبي، فتقف صحة دعوته على تصديق المكاتب، فإن صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يومَ ولد؛ لأنه يشبه ولد المغرور لثبوت الملك في الأم من وجه دون وجه، لأن ملك الذات في المكاتب للمولى، وملك التصرفات للمكاتب؛ كالمغرور أنه يثبت له الملك في الأم ظاهراً وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة.

قال محمد في «الزيادات» إذا اشترى المكاتب أمة حاملاً فادعى مولاها ولدها، أو اشترى عبداً صغيراً فادعاه، لم يجز دعوته إلا بالتصديق؛ كما في المسألة الأولى، إلا أن هناك إذا صدقه يثبت النسب ويعتق، وهٰهنا إن صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق؛ لأن تلك الدعوة دعوة استيلاد [وهذه الدعوى ليست دعوى استيلاد][1] لعدم العلوق في الملك، فكانت دعوة تحرير، والمولى لا يملك تحريره؛ ألا ترى أنه لو أعتقه لا تصح إلا أن النسب يثبت، وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق، ألا ترى أنَّ مَنِ ادعى ولد أمة أجنبي فصدقه مولاها[2]، يثبت النسب ولا يعتق في الحال؛ كذا هٰهنا.

فصل في صفة الاستيلاد

وأما صفة الاستيلاد، فالاستيلاد لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد كالتدبير، وعند أبي حنيفة هو متجزىء، إلا إنه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو إمكان التكامل، وقيل إنه لا يتجزأ عنده أيضاً، لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه، وأما فيما لا يحتمل فهو متجزىء عنده.

وَبَيَانُ هَذَا ما ذكرنا فيما تقدم في الأمة القنة بين اثنين جاءت بولدٍ فادعاه أحدُهما ـ أن كلها صارت أم ولد له، وَإِنِ ادعياه جميعاً، صارت أم ولد لهما جميعها، ثم أم الولد الخالصة إذا أعتق المولى نصفها، عتق كلها بالإجماع.

وَكَذَا إذا كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، عتق جميعها بلا خلافٍ، لكن عندهما

---

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: مولاه.

لعدم تجزيء الإعتاق، وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاد في الباقي، لا بإعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص؛ على ما بينا في «كتاب العتاق»، ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة، وَسَتَأْتِي المسألة في موضعها، والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

وَلَوْ كانت مدبرة، صار نصيب المدعي أم ولد له، ونصيب الآخر بقي مدبراً على حاله، وإن كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعي أم ولد عند أبي حنيفة وتبقى الكتابة، وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعي، وتفسخ الكتابة في النصف وهي من/ مسائل كتاب المكاتب. ٢/١٩٦أ

فصل في حكم الاستيلاد

وأما حكم الاستيلاد: فنوعان أيضاً كحكم التدبير:

أَحَدُهُمَا: يتعلق بحال حياة المستولد.

والثاني: يتعلق بما بعد موته.

أمّا الأول فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء.

وقال بشر بن غياث المريسي، وداود بن علي الأصفهاني إمام أصحاب الظاهر: لا حكم له في الحال، وعلى هذا تبتني جملة من الأحكام، فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة، وعندهما يجوز[(١)].

---

(١) وجملةُ ذلك أنَّ الأَمَةَ إذا حَمَلَت من سَيِّدِها، ووَلَدَتْ منه، ثَبَتَ لها حُكْمُ الاسْتِيلادِ، وحُكْمُها حكم الإماءِ، في حِلِّ وَطْئِها لسَيِّدِها، واستِخدامِها، ومِلْكِ كَسْبِها، وتَزْوِيجِها، وإجارَتِها، وعِتْقِها، وتَكْليفِها، وحَدِّها، وعَوْرَتِها. وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلم. وحُكِيَ عن مالِكٍ، أنَّه لا يَمْلِكُ إجارَتَها وتَزْوِيجَها، لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَها، فلا يَمْلِكُ تَزْوِيجَها وإجارَتَها، كالحُرَّةِ. ولَنا، أنَّها مَمْلوكةٌ يُنْتَفَعُ بها، فيَمْلِكُ سيِّدُها تَزْوِيجَها، وإجارَتَها، كالمُدَبَّرةِ، ولأنَّها مَمْلُوكَةٌ تَعْتِقُ بمَوْتِ سَيِّدِها، فأشْبَهَت المُدَبَّرةَ، وإنَّما مُنِعَ بَيْعُها، لأنَّها اسْتَحَقَّتْ أنْ تَعْتِقَ بمَوْتِه، وبَيْعُها يَمْنَعُ ذلك، بخلافِ التَّزويجِ والإجارَةِ. ويَبْطُلُ دليلُهم بالمَوْقُوفَةِ والمُدَبَّرَةِ عندَ مَنْ مَنَعَ بَيْعَها. إذا ثَبَتَ هذا، فإنَّها تُخالِفُ الأَمَةَ القِنَّ، في أنَّها تَعْتِقُ بمَوْتِ سيِّدها مِن رأسِ المالِ، ولا يجوزُ بَيْعُها، ولا التَّصرُّفُ فيها بما يَنْقُلُ المِلْكَ، من الهِبَةِ الوَقْفِ، ولا ما يُرادُ للبَيْعِ، وهو الرَّهْنُ، ولا تُورَثُ، لأنَّها تَعْتِقُ بمَوْتِ السَّيِّدِ، ويزولُ المِلْكُ عنها. رُوِيَ هذا في عمر، وعثمانَ، وعائشةَ، وعامَّةِ الفُقهاءِ. وروي عن عليٍّ، وابنِ عبَّاسٍ، وابنِ الزُّبَيْرِ، إباحَةُ بَيْعِهِنَّ. وإليه ذَهَبَ داودُ. قال سعيدٌ: حَدَّثَنا سفيانُ، عن عمرٍو، عن عَطاءٍ، عن ابنِ عبَّاسٍ، في أُمِّ الولدِ، قال: بِعْهَا، كما تَبِيعُ شاتَكَ، أو بَعِيرَكَ. قال: وحَدَّثَنا أبو عَوانَةَ، عن مُغِيرةَ، وعن الشَّعْبِيِّ، عن عَبِيدَةَ، قال: خطَبَ عَلِيٌّ النَّاسَ، فقال: شَاوَرَنِي عمرُ في أُمَّهاتِ الأولادِ، فرَأَيْتُ أنا وعمرُ أنْ أَعْتِقَهُنَّ، فقَضَى به عمرُ حَياتَه، وعثمانُ =

وَاحْتَجَّا بما روي عن جابر بن عبد الله أنه قال: كُنَّا نبيع أمهات الأولاد على عهد

= حياتَه، فلمَّا وَلِيتُ، رأيت أنْ أُرِقَّهُنَّ. قال عَبِيدَةُ: فرَأْيُ عمرَ وعليٍّ في الجماعَةِ، أحَبُّ إلينا مِن رَأْيِ عَلِيٍّ وَحْدَه. وقد رَوَى صالِحُ بنُ أحمدَ، قال: قُلْتُ لأَبي: إلى أيِّ شيءٍ تَذْهَبُ في بَيْعِ أُمَّهاتِ الأَوْلادِ؟ قال: أكْرَهُه، وقد باعَ عليُّ بنُ أبي طالِبٍ، - رضي الله عنه - وقال، في رِوَايةِ إسحاقَ بنِ منصورٍ: لا يُعْجِبُنِي بَيْعُهُنَّ. قال أبو الخَطَّاب: فظاهِرُ هذا أنَّه يَصِحُّ بَيْعُهُنَّ معَ الكَراهَةِ. فجعلَ هذا رِوايةً ثانيةً عن أحمدَ، الخَطَّاب: فظاهِرُ هذا أنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُنَّ معَ الكَراهَةِ. فجعلَ هذا رِوايةً ثانيةً عن أحمدَ، - رضي الله عنه - والصَّحِيحُ أنَّ هذا ليس برِوَايةٍ مُخالِفَةٍ لقولِه: إنَّهُنَّ لا يُبَعْنَ، لأنَّ السَّلَفَ رَحْمَةُ الله عليهم كانُوا يُطْلِقُون الكَراهَةَ على التَّحْرِيم كثيراً، ومتى كان التَّحْرِيمُ والمَنْعُ مُصرَّحاً به في سائِرِ الرِّواياتِ عنه، وَجَبَ حَمْلُ هذا اللَّفْظِ المُحْتَمِلِ، على المُصَرَّحِ به، ولا يُجْعَلُ ذلك اخْتِلافاً. ولمن أجازَ بَيْعَهُنَّ أنْ يَحْتَجَّ بما رَوَى جابرٌ، قال: بِعْنَا أُمَّهاتِ الأَوْلادِ، عَلى عَهْدِ رسولِ الله ﷺ، وأبي بكرٍ، فلمَّا كان عمرُ - رضي الله عنه - نَهانَا، فانْتَهَيْنا. روَاه أبو داودَ. وما كان جائزاً في عَهْدِ رسولِ الله ﷺوأبي بكرٍ، لم يَجُزْ نَسْخُه بقولِ عمرَ ولا غيرِه، ولأنَّ نَسْخَ الأحْكام إنَّما يجوزُ في عصرِ رسولِ الله ﷺ، لأنَّ النَّصَّ إنَّما يُنْسَخُ بنَصٍّ. وأمَّا قولُ الصَّحابِيِّ، فلا يَنْسَخُ، ولا يُنْسَخُ به، فإنَّ أصْحابَ النَّبيِّ ﷺ كانُوا يتركون أقْوالَهم لقولِ رسولِ الله ﷺ، ولا يَتْرُكُونها بأقْوالِهم، وإنَّما تُحْمَلُ مُخالفَةُ عمرَ لهذا النَّصِّ، على أنَّه لم يَبْلُغْه، ولو بَلَغَه لم يَعْدُه إلى غيرِه، ولأنَّها مَمْلوكَةٌ، لم يَعْتِقْها سَيِّدُها، ولا شيئاً منها، ولا قرابَةَ بينَه وبينَها، فلم تَعْتِقْ، كما لو وَلَدَتْ من أبيه في نِكاحٍ أو غيرِه، ولأنَّ الأصْلَ الرِّقُّ، ولم يَرِدْ بزَوالِه نَصٌّ ولا إجْماعٌ، ولا ما في مَعْنَى ذلك، فوجَبَ البقاءُ عليه، ولأنَّ وِلادَتَها لو كانتْ مُوجِبَةً لِعتقِها، لَثَبَتَ العِتْقُ بها حينَ وُجودِها، كسائِرِ أسْبابِه. ورُوِيَ عن ابنِ عبَّاسٍ، رِوايةٌ أُخْرَى، أنَّها تُجْعَلُ في سَهْمِ ولدها؛ لِتَعْتِقَ عليه. وقال سعيدٌ: حَدَّثَنا سُفيانُ، حَدَّثَنا الأَعْمَشُ، عن زيدِ بن وَهْبٍ، قال: مات رَجُلٌ مِنَّا، وترَكَ أُمَّ وَلَدٍ، فأرادَ الوليدُ بن عُقْبَةَ أنْ يَبِيعَها في دَيْنِه، فأتَيْنَا عبدَ الله بنَ مَسْعودٍ، فذَكَرْنا ذلك له، فقال: إنْ كان ولا بُدَّ، فاجْعَلُوها مِن نَصِيبِ أولادِها. ولَنا، ما رَوَى عِكْرِمَةُ، عن ابنِ عَبَّاسٍ، قال: قال رسولُ الله ﷺ: «أيُّما أَمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِها، فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ» وقال ابنُ عبَّاسٍ: ذُكِرَتْ أُمُّ إبراهيمَ عندَ رسولِ الله ﷺ، فقال: «أعْتَقَهَا وَلَدُها» رواهما ابنُ ماجَه. وذكَر الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ، في «مسائله»، عن ابنِ عمرَ، عن النَّبيِّ ﷺ، أنَّه نَهَى عن بَيْعِ أُمَّهاتِ الأولادِ، ولا يُبَعْنَ، ولا يُرْهَنَّ، ولا يُورَثْنَ، ويَسْتَمْتِعُ بها سَيِّدُها ما بَدَاله، فإنْ ماتَ، فهي حُرَّةٌ. وهذا فيما أظُنُّ عن عمرَ، ولا يَصِحُّ عن النَّبيِّ ﷺ، ولأنَّه إجماعُ الصَّحابَةِ - رضي الله عنهم - بدليلِ قَوْلِ عليٍّ - كرم الله وجهه -: كان رَأْيِي ورَأْيُ عمرَ، أنْ لا تُباعَ أُمَّهاتُ الأَوْلادِ. وقوله: فَقَضَى به عمرُ حياتَه وعثمانُ حياتَه. وقولِ عَبِيدَةَ: رَأْيُ عليٍّ وعمرَ عن الجماعَةِ، أحَبُّ إلينا من رَأْيِه وَحْده. ورَوَى عِكْرِمَةُ، عن ابنِ عَبَّاسٍ، قال: قال عمرُ - رضي الله عنه -: ما مِنْ رَجُلٍ كان يُقِرُّ بأنَّه يَطَأُ جارِيَتَه، ثم يموتُ، إلاَّ أعْتَقَها وَلَدُها إذا وَلَدَتْ، وإنْ كان سَقْطاً. فإن قيل: فكيف تَصِحُّ دَعْوَى الإجْماعِ، مع مُخالَفَةِ عليٍّ وابنِ عَبَّاسٍ وابنِ الزُّبَيْرِ، - رَضِيَ الله عنهم -؟ قُلْنا: قد رُوِيَ عنهم الرُّجوعُ عن المُخالَفَةِ، فرَوَى عَبِيدَةُ، قال: بَعَثَ إليَّ عليٌّ وإلى شُرَيْحٍ، أن اقْضُوا كما كُنْتُم تَقْضُونَ، فإنِّي أُبغِضُ الاخْتلافَ. وابنُ عبّاسٍ قال: ولدُ أُمِّ الولدِ بمَنْزِلَتِها. وهو الرَّاوِي لحديثِ عِتْقِهِنَّ، عن النَّبيِّ ﷺ، وعن عمرَ، فيَدُلُّ على مُوافَقَتِه لهم. ثم قد ثَبَتَ الإجْماعُ باتِّفاقِهم قبلَ المُخالفَةِ، واتِّفاقُهم مَعْصومٌ عن الخطَإِ، فإنَّ الأُمَّةَ لا تَجْتَمِعُ على ضَلالَةٍ، ولا يجوزُ أنْ يَخْلُوَ زمنٌ عن قائمٍ لله بحُجَّتِه، ولو جازَ ذلك في بعضِ العَصْرِ، لَجازَ في جَمِيعِه، ورأْيُ المُوافِقِ في زَمَنِ الاتِّفاقِ، خيرٌ من رَأْيِه في الخلافِ بَعْدَه، فيكونُ الاتِّفاقُ حُجَّةً على المُخالِفِ له منهم، =

رسول الله ﷺ؛ ولأنها مملوكة له بدليل أنه يحل له وطؤها، ولا يحل الوطء إلا في الملك؛ وكذا تصح إجارتها وكتابتها، فدل أنها مملوكة له، فيجوز بيعها كبيع القنة.

ولنا ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أُمُّ الوَلَدِ لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ**»[١] وَهِيَ حُرَّةٌ من جميع المال، وهذا نص في الباب، وروي عن ابن عباس، عن رسول الله ﷺ أنه قال في أم إبراهيم ـ عليها السلام ـ: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**» فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه، إلا أنه تأخر ذلك إلى ما بعد الموت بالإجماع، فلا أقل من انعقاد سبب الحرية، أو الحرية من وجه، وكل ذلك عدم يمنع جواز البيع.

وروي أنَّ سَعِيدَ بْنَ المسيب سُئل عن بيع أمهات الأولاد، فقال: إن الناس يقولون إن أول مَنْ أمر بعتق أمهات الأولاد عمر بن الخطاب، وليس كذلك، لكن رسول الله ﷺ أول مَنْ أعتقهن، ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين[٢].

وَعَنْ سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد، وألا يُبعن في الدين، وَلاَ يجعلن في الثلث؛ وكذا إجماع[٣] التابعين على أنه لا يجوز بيع أم الولد، فكان قول بشر وأصحاب الظواهر مخالفاً للإجماع، فيكون باطلاً، ومن مشايخنا من قال عليه إجماع الصحابة أيضاً؛ لما روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه سُئل عَنْ بيع أمهات الأولاد، فقال:

= كما هو حجّةٌ على غيرِه. فإنْ قيلَ: لو كانَ الاتّفاقُ في بعضِ العَصْرِ إجْماعاً، حَرُمَتْ مُخالفَتُه، فكيف خالَفَه هؤلاء الأئِمَّةُ، الذين لا تجوزُ نِسْبَتُهم إلى ارْتِكابِ الحَرام؟ قُلْنا: الإجْماعُ يَنْقَسِم إلى مَقْطوعٍ به ومَظْنونٍ، وهذا من المَظْنونِ، فيُمْكِنُ وُقوعُ المُخالَفَةِ منهم له، مع كَوْنِه حُجَّةً، كما وَقَعَ منهم مُخالَفَةُ النُّصوص الظَّنِّيَّةِ، ولم تخرجْ بمُخالَفَتِهم عن كونِها حُجَّةً، كذا هٰهُنا. فأمَّا قولُ جابِرٍ: بِعْنا أُمَّهاتِ الأَوْلادِ في عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ وأبي بكر. فليس فيه تصْريحٌ بأنَّه كان بعِلْمِ رسولِ الله ﷺ، ولا عِلْمِ أبي بكر، فيكونُ ذلك واقِعاً مِن فِعْلِهم على انْفِرادِهم، فلا يكونُ فيه حُجَّةٌ، ويتعَيَّنُ حَمْلُ الأمْرِ على هذا، لأنَّه لو كانَ هذا واقِعاً بعِلْمِ رسولِ الله ﷺ وأبي بكر، وأقَرَّا عليه، لم تَجُزْ مُخالفَتُه، ولم يُجْمِع الصَّحابَةُ بعدَهُما على مُخالَفَتِهما، ولو فعلُوا ذلك، لم يَخْلُ مِن مُنْكِرٍ يُنْكِرُ عليهم، ويَقولُ: كيفَ يُخالِفُون فِعْلَ رسولِ الله ﷺ، وفعلَ صاحِبِه؟ وكيف يَتْرُكُونَ سُنَّتَهما، ويُحَرِّمُونَ ما أَحَلاَّ؟ ولأنَّه لو كان ذلك واقِعاً بعِلْمِهما، لاحْتَجَّ به عليٌّ حينَ رَأى بَيْعَهنَّ، واحْتَجَّ به كُلُّ مَنْ وافَقَه على بَيْعِهنَّ، ولم يَجْرِ شيءٌ من هذا، فوجَبَ أنْ يُحْمَلَ الأَمْرُ على ما حَمَلْناه عليه، فلا يكونُ فيه إذاً حجَّةٌ. ويَحْتَمِلُ أنَّهم باعُوا أُمَّهاتِ الأَوْلادِ في النِّكاحِ، لا في المِلْكِ.
ينظر: المغني (١٤/ ٥٨٤ ـ ٥٨٨).

(١) ذكره الحافظ في «التلخيص» (٤/ ٤٠٢) وعزاه للدارقطني بمعناه.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٨٨) وقال غريب.
وقال الحافظ ابن حجر: لم أجده وللحديث شواهد عند الدارقطني (٤/ ١٣٤ ـ ١٣٥).

(٣) في ط: جميع.

كان رأيي ورأي عمر أن لا يبعن ثم رأيت بيعهن، فقال له عبيدة السلماني: رأيك مع الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك[١]، وفي رواية أخرى عن علي - رضي الله عنه - اجْتَمَعَ رأيي ورأي عمر في ناس من أصحاب رسول الله ﷺ على عتق أمهات الأولاد، ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن في الدين، فقال عَبيدة: رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك في الفرقة، فقول عبيدة في الجماعة إشارة إلى سبق الإجماع في الصحابة - رضي الله عنهم - ثم بدا لعليٍّ - رضي الله عنه - فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الإجماع ما لم ينقرض العصر[٢].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» كما في «نصب الراية» (٣/ ٢٩٠).

(٢) اختلف العلماء في انقراض عصر المجمعين على حكم، أي: موتهم عليه هل هو شرط في انعقاد إجماعهم، وكونه حجة، أولاً: فالمحققون من الشافعية، والحنفية، على أنه لا يشترط مطلقاً، فإذا اتفقوا - ولو لحظة - كان حجة في الحال، فيمتنع رجوع أحد من المجمعين على ذلك الحكم عنه، كما يمتنع مخالفة من حدث من المجتهدين بعد انعقاده. وقال أحمد، وأبو الحسن الأشعري، وابن فورك: يشترط مطلقاً، وقيل: إنه شرط في إجماع الصحابة فقط، واختار الآمدي اشتراطه في السكوتي دون غيره، وقال إمام الحرمين: إن كان مستنده قياساً اشترط وإلا فلا، كذا ذكره في المختصر. والصحيح عنه، أنه لا يعتبر الانقراض البتة، بل يفرق بين المستند إلى قاطع، فلا يشترط فيه تمادي الزمن، وينهض حجة في الحال، والمستند إلى ظني فيشترط فيه تمادي الزمن، حتى لو خر على المجتمعين سقف عقب الاتفاق، أوعمهم الهلاك بوجه من الوجوه، فلا يكون إجماعاً مع وجود الانقراض وعلى اشتراط الانقراض لا يكون حجة في الحال، فيجوز الرجوع، ويعتبر المجتهد اللاحق عند الأكثر، وعند الأقل فائدة الاشتراط، هي التمكن من الرجوع دون اعتبار اللاحق، فعلى الأول أهل الإجماع، هم السابقون، واللاحقون جميعاً لكن إنما يشترط انقراض السابقين فقط، وعلى الثاني - هم السابقون فقط فالشرط انقراضهم استدل المحققون بدليلين: **الأول**: أنه لو كان انقراض العصر شرطاً، لأوجبته الأدلة الدالة على حجية الإجماع، والتالي باطل، وبيان اللزوم أنه لا بد للاشتراط من دليل والفرض ألا دليل غير الأدلة الدالة على الحجية، وبيان بطلان التالي، إن الأدلة مطلقة تتناول ما انقرض عصره، وما لا ينقرض، والأصل عدم التقييد. **الثاني**: أنه لو شرط انقراض العصر لما تحقق إجماع والتالي باطل، بيان اللزوم أنه لو توقف الإجماع على الانقراض، ووجد مجتهد وجب دخوله ثم يجب انقراضه، فيوجد آخر، فيجب دخوله قبل انقراض الأول، وهكذا يتتابع المجتهدون في الانقراض، واحداً بعد واحد، فلا يتحقق الإجماع، وقد عين صاحب المسلم عن هذا الدليل بقوله: استدل وهذه عادته إذا كان الدليل ضعيفاً، ولكن هذا الدليل قوي، وما أجيب به عنه فسندفعه الجواب الأول عنه أن تتابع المجتهدين، ولحوق بعضهم بعضاً، ليس بواجب، بل غايته أن يكون جائزاً، فلا يلزم حينئذ أن لا يتحقق الإجماع، فإن الجواز لا يستلزم الوقوع بالفعل ودفعه، إن المراد لو شرط الانقراض، لزم عدم تحقق الإجماع في زمان تحقق فيه مسلم بيننا وبينكم وهو زمان الصحابة، والتابعين، وحينئذ، فلا يمنع التتابع واللحوق لأن معلوم الوقوع في ذلك الزمان. الجواب الثاني عن الدليل أن اللاحقين إما أن يقال لهم مدخل في الإجماع، ويقال لا مدخل لهم فإن قلنا لهم مدخل، فلا نريد انقراض المجمعين مطلقاً، بل انقراض المجمعين الأولين، وإن قلنا لا مدخل لهم فالأمر ظاهر، لأن المجمعين هم الأولون، فالشرط انقراض عصرهم وحاصل دفعه كما يؤخذ من شارح المسلم، إن الانقراض لو كان شرطاً لكان لاحتمال قيام دليل على خلاف ما اجمعوا عليه، وهذا الاحتمال =

وَمنهم مَنْ قال: كانت المسألة مختلفة بين الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فكان علي وجابر ـ رضي الله عنهما ـ يَرَيَان بيع أم الولد، لكِنَّ التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز، والإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا، لما عرف في أصول الفقه، وَلأن أم الولد تعتق عند موت السيد بالإجماع، ولا سبب سوى الاستيلاد السابق، فعلم أنه انعقد سبباً للحال لثبوت الحرية بعد الموت، وأنه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير.

وَأَمَّا حَدِيثُ جَابر ـ رضي الله عنه ـ فيحتمل أنه أراد بالبيع الإجارة؛ لأنها تسمى بيعاً في

= قائم في كل من له دخل في الإجماع، فالمجتهد اللاحق إن كان الإجماع بدون رأيه غير معتبر، فلا بد من انقراض عصره، لقيام هذا الاحتمال، وإن لم يكن له دخل في الإجماع، بل تم الجماع بدونه، فذلك باطل لأنا إذا شرطنا الانقراض، فقبله لا حجية، فجاز مخالفة اللاحق بالرأي. ويكون قوله معتبراً فوقت الحجية، وهي وقت الانقراض لم يوجد قول كل الأمة. فانتفى الإجماع فقد تم الدليل واندفع الجواب الثاني بشقيه كما اندفع الجواب الأول قال الشارطون: أولاً، لو لم يشترط الانقراض، للزم منع المجتهد عن الرجوع عن مذهبه، عند ظهور موجب الرجوع خبراً كان الموجب أو غيره، واللازم باطل، لأنه يستلزم عدم العمل بالخبر الصحيح بعد الإطلاع عليه، إذا كان الموجب خبراً، والحجر على المجتهد في الرجوع عن اجتهاده بعد تغيره، إذا كان الموجب غيره، وكلاهما باطلاً. والجواب أولاً أنه منقوض بما يعد الانقراض، فدليلكم بعينه جار فيه، وثانياً لا نسلم بطلان التالي على الإطلاق، بل عند عدم الإجماع، وإما معه، فيجب منعه عن الرجوع تقديماً للقاطع، وهو الإجماع على ما ليس بقاطع، ألا ترى أن علياً لما خطب على منبر الكوفة وقال: اجتمع رأيي، ورأي أمير المؤمنين عمر، إن لا تباع أمهات الأولاد، وأما الآن فأرى بيعهن. قال له عبيدة: رأيك مع الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك، فاطرق علي ـ رضي الله عنه ـ ثم قال: اقضوا ما أنتم قاضون فأنا أكره أن أخالف أصحابي فقد ظهر من هذا، إن الرجوع غير صحيح عند وقوع الإجماع مرة، وإلا لما أنكر عبيدة على أمير المؤمنين علي، وتوقف علي عن الرجوع، كذا قالوا. وفيه خفاء، وإلا فأين هذا الإجماع الذي رجع عنه علي وقول عبيدة لا يدل عليه، لأن الجماعة تقع على ما فوق الاثنين، وأما رجوع علي فلعله لرجوع رأيه إلى ما كان، أو لم يرجع لكن أمرهم بالثبات على ما كانوا عليه كراهية، أن ينتقلوا عن رأي مجتهد التزموه على أنفسهم، فالحق أن مقصود من روى هذه الحادثة في هذا السياق هو الاستناد، أي: الاستئناس وقيل: أن تكون سند المنع بطلان التالي، والقدر الثابت فيها كاف، لأنه لما أنكر الرجوع عن موافقة البعض، أو الأكثر لكونهم في طبقة علياً، فأي: استبعاد في حرمة مخالفة الإجماع، والرجوع بعده ا هـ. من شارح المسلم بتصرف. وقالوا ثانياً: لو لم يعتبر قول الراجع من المجمعين بعد انعقاد الإجماع، لأن الأول اتفاق الأمة، لا يجوز خرقه لوجب عدم اعتبار قول من مات من المخالفين، لأن الباقي كل الأمة، فيكون اتفاقهم حجة، لكن الثاني باطل فإنكم تقولون باعتباره فلا إجماع ا هـ منه. أو الجواب أنا نمنع بطلان اللازم، ويلتزم عدم اعتبار قول من مات، لأن قول الميت كالميت، فلا يعتبر وقد تمنع الملازمة وعليه الأكثر، لأن قوله حي بدليله، فهو كبقائه حين الانعقاد، فلم يحصل اتفاق الكل وأما فيما نحن فيه فقد وجد اتفاق الكل ولمعة وهو كاف في تحقق الإجماع.

ينظر الإجماع لشيخنا أحمد عبد الغني.

لغة أهل المدينة، ولأنها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، ويحتمل أنه كان في ابتداء الإسلام حينما كان بيع الحر مشروعاً ثم انتسخ بانتساخه، فلا يكون حجةً مع الاحتمالِ.

وأما قوله إنها مملوكة للمستولد، فنعم، لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلاً ورأساً، وهذا القدر يكفي المنع من جواز البيع؛ لما ذكرنا في «كتاب التدبير»، وسواء كان المستولد مسلماً أو كافراً، مرتداً أو ذمياً أو مستأمناً، خرج إلى ديارنا ومعه أم ولده لا يجوز له بيعُها؛ لأنها أم ولد؛ لأنَّ أمية الولد تتبع ثبات النسب، والكفر لا يمنع ثبوت النسب، ولما دخل المستأمن من دار الإسلام بأمان، فقد رضي بحكم الإسلام، ومن حكم الإسلام أن لا يجوز بيع أم الولد؛ وكذلك كل تصرف يُوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاد، لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن؛ لأنَّ هذه التصرفات توجب زوال ملك العين[1]، فيُوجب بطلان هذا الحق، وما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جَائزٌ؛ كالإجارة والاستخدام والاستسعاء والاستغلال والاستمتاع والوطء؛ لأنها تصرف في المنفعة لا في العين، والمنافع/ مملوكة له، والأجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى؛ لأنها بدل المنفعة، والمنافع على ملكه.

٢/١٩٦ب

وكذا ملك العين قائم، لأن العارض وهو التدبير لم يؤثر إلا في ثبوت حق الحرية من غير حرية، فكان ملك اليمين قائماً، وإنَّما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق، وهذه التصرفات لا تبطله؛ وَكَذَا الأرش له [لأنه][2] بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها، لأن التزويج تمليك المنفعة؛ ولا يَنْبَغِي أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة؛ لاحتمال أنها حملت منه، فيكون النكاح فاسداً ويصير الزوج بالوطء ساقياً ماءه، زرع غيره فكان التزويج تعريضاً للفساد فينبغي أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب، بل هو مستحبٌّ كاستبراء البائع.

ولو زوجها فولدت لأقل من ستة أشهر، فهو من المولى، والنكاحُ فاسدٌ؛ لأنه تبين أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه.

وَإِنْ ولدت لأكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج؛ لأن الزوج له فراش، والولد للفراش على لسان رسول الله ﷺ ولا فراش للمولى؛ لزوال فراشه بالنكاح، فإن ادعاه المولى وقال: هذا ابني، لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره، وهو الزوج، فلا يتصور ثبوته [منه][3] فلا تصح دعوته؛ لكنه يعتق عليه؛ لأنه في ملكه وقد أقر بحريته فيعتق عليه، وإن لم يثبت نسبه

(١) في أ: اليمين.

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

منه؛ كما إذا قال لعبده: هذا ابني، وهو معروف النسب من الغير، ونسب ولد أم الولد يثبت من المولى من غير دعوة عند عدم الحرية، إلا إذا حرمت عليه حرمة مؤبدة، فجاءت بولد لستة أشهر من وقت الحرمة، أو زوجها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت التزويج، فلا يثبت نسبه إلا بالدعوة، وإنما قلنا إنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح؛ لأنها صارت فراشاً بثبوت نسب ولدها، والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة.

قال النبي ﷺ: «**الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ**» بخلاف الأمة القنة أو المدبرة؛ لأنه لا يثبت نسب ولدها، وإن حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا، فلا تصير فَراشاً بدون الدعوة، ثم إنما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة؛ لأنَّ الظاهر أن ولد أم الولد من المولى؛ لأنه لا يتحرز عن الأعلاق؛ إذِ التحرز لخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك منه، فالظاهر أن لا يعزل عنها، بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر، فلا تقع الحاجة إلى الدعوة، بخلاف القنة والمدبرة، فإن هناك الظاهر أنه لا يعلقها، بل يعزل عنها تحرزاً عن إتلاف المالية، فلا يعلم أنه منه إلا بالدعوة فلا يثبت النسب إلا بالدعوة، فهو الفرق، والله - عزَّ وجلَّ - أعلم.

فَإِنْ صَارَتْ أم الولد محرمة على المولى على التأبيد؛ بأن وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطيء المولى أمها أو بنتها، فجاءت بولدٍ لأكثر من ستة أشهر، لم يثبت نسب الولد الذي أتت به بعد التحريم من غير دعوة؛ لأن الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة، فكان حرمة الوطء كالنفي دلالةً؛ وإن ادعى يثبت النسب، لأن الحرمة لا تزيل الملك.

وذكر القدوري في شرحه «مختصر الكرخي» أصلاً فقال: إذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحرة ويزيل فراشها مثل المسائل التي ذكرنا، لا يثبت نسب ولدها من مولاها إلاَّ أن يدعيه، لأن فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد، وهذه المعاني تقطع فراش الزوجة، فلأن تقطع فراش أم الولد أَوْلَىٰ.

وكذلك إذا زوجها فجاءت بولدٍ لأكثر من ستة أشهر؛ لأنها صارت فراشاً للزوج، فيستحيل أن تصير فراشاً لغيره إلاَّ أنه إذا ادعى يعتق عليه؛ كما إذا قال لعبده وهو معروف النسب من الغير: هذا ابني، وإن حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة لا يزيل فراشها؛ مثل: الحيض، والنفاس، والإحرام، والصوم، يثبت نسب ولدها منه؛ لأنه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش [ثم][1]، وللمولى أن ينفي ولد أم الولد من غير لعان.

(١) سقط من ط.

أما النفي؛ فلأنه يملك العزل عنها بغير رضاها، فإذا أخبر عن ذلك فقد أجبر عما يملك، فكان مصدقاً.

وَأمَّا النفي من غير لعان؛ فلأن فراش أم الولد أضعف من فراش الحرة، وهذا أصل يذكر في «كتاب الدعوى»؛ أن الفرش ثلاثة: قوي، وضعيف، ووسط.

فالقوي هو: فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوةٍ ولا ينتفي إلا باللعان.

والضعيف: فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة.

والوسط: فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة، وينتفي من غير لعان؛ لأنه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفي بخلافِ فراش الزوجِ.

٢/١٩٧أ ثم إنما ينتفي بالنفي إذا لم يقض به/ القاضي أو لم تتطاول المدة، فأما إذا قضى القاضي به أو تطاولت المدة، فلا ينتفي [به][1]؛ لأنه يتأكد بقضاء القاضي، فلا يحتمل النفي بعد ذلك؛ وَكَذَا تَطَاوَلَ المدة من غير ظهور النفي إقرار منه دلالة، والنسب المقر به لا ينتفي بالنفي، ولم يقدر أبو حنيفة لتطاول المدة تقديراً، وأبو يوسف ومحمد قَدَّرَاه بمدة النفاس أربعين يوماً، وقد ذكرناه في «كتاب اللعان»، وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الأم؛ بأن زوج أم ولده فولدت ولداً لستة أشهر فصاعداً، من وقت التزويج؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، وقد ثبت حق الحرية في الأم فيسري إلى الولد، فكان حكمه حكم الأم في جميع الأحكام.

هَذَا إذا استولد جارية في ملكه، فإن كان استولدها في ملك غير بنكاحٍ حتى يثبت نسب ولدها منه، ثم ملكها ولها ولدٌ من زوج آخر؛ بأن استولدها ثم فارقها، فَزَوَّجَها المولى من آخر، فجاءت بولدٍ، ثم ملكها يوماً من الدهر وولدها، صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا، وَلاَ يَصِيرُ وَلَدُهَا وَلَدَ أم ولد حتى يجوز بيعه في قول أصحابنا الثلاثة.

وقال زفر: إذا مَلَكَ مَنْ ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه، فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الأم.

وجه قوله إن الاستيلاد وإن كان في ملك الغير، لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا، وإنما صارت أم ولد بالعلوق السابق، والولد حدث بعد ذلك، فيحدث على وصف الأم، فإذا ملكه يثبت فيه الحكم الذي يثبت في الأم.

---

(١) سقط من ط.

وَلَنَا أنَّ الاستيلاد في الأم وهو أمية الولد شرعاً إنما تثبت وقت ملك الأم، والولد منفصل في ذلك الوقت، والسراية لا تثبت في الولد المنفصل، ويتعلق الدين بكسبها لا برقبتها؛ لأنها لا تقبل البيع لما ذكرنا، وتسعى في ديونها، بالغةً ما بلغت؛ لأن الدين عليها لا في رقبتها، وأرْشُ جنايتها على المولى وهو الأقل من قيمتها، ومن الأرش وليس على المولى إلاَّ قدر قيمتها، وَإن كثرت الجنايات كالمدبر؛ ويجوزُ إعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية.

وَلَوْ أعْتَقَ المولى نصفها يعتق كلها، وكذا إذا كانت مشتركة بين اثنين فأعتق أحدُهما نصيبهُ عتق جميعها لما ذكرنا، ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: إن كان المعتق موسراً ضمن لشريكه، وإن كان معسراً سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق.

ولو مات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها، ولا ضمان عليه بالإجماع؛ لأنه لا صنع له في الموت، ويقع الاختلاف في السعاية؛ عند أبي حنيفة لا سعاية عليها، وعندهما عليها السعاية.

وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد أنها لا تضمن في قول أبي حنيفة، وعندهما تضمن، ولا خلاف في المدبرة أنها تضمن بهذه الأسباب، ولقب المسألة أنَّ أم الولد هل هي متقومة من حيث إنها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة، وعندهما متقومة.

وأجمعوا على أنها متقومة من حيث إنها نفس، ولا خلاف في أن المدبر متقوم من حيث إنه مال، وربما تلقب المسألة بأن رق أم الولد هل له قيمة أم لا، ذكر محمد في الإملاء أنها تضمن في الغصب، عند أبي حنيفة كما يضمن الصبي الحر إذا غصب، يعني: إذا مات عن سبب حادث بأن عقره سبعٌ أو نهشته حية؛ أو نحو ذلك.

وجه قولهما: أنَّ أمَّ الولد مملوكة للمولى ولا شك، ولهذا يحل له وطؤها وإجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم؛ لأن الاستيلاد له لم يوجب زوال العصمة، فكانت مضمونة بالغصب والإعتاق والقبض في البيع الفاسد كالمدبر.

والدليل على أن رقها متقومٌ: أنَّ أمَّ ولد النصراني إذا أسلمت تخرج إلى العتاق بالسعاية، فلولا أن ماليتها متقومة لعتقت مجاناً، ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلاً عن ماليتها؛ وكذا يجوز للمولى أن يكاتبها والاعتياض إنما يجوز عن مال متقوم، والدليل عليه أنها تضمن بالقتل بالإجماع.

ولأبي حنيفة قول النبي ﷺ لمارية لما ولدت إبراهيم ـ عليه السلام ـ: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**». فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في حق جميع الأحكام، إلاَّ أنه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالإجماع، ولا إجماع في التقويم، فكانت حُرَّةً في حق التقويم بظاهر الحديث، وكذا سبب العتق للحال موجود وهو ثبوت نسب الولد؛ لأن ذلك يوجب الاتحاد بين الواطىء/ والموطوءة، ويجعلهما نفساً واحدةً، فقضيته ثبوت العتق للحال في جميع الأحكام إلا إنه لم يظهر في سائر الأحكام بالإجماع، فيظهر في حق في سقوط التقويم بخلاف المدبر؛ لأن هناك السبب وهو التدبير أضيف إلى ما بعد الموت؛ لأن التدبير إثبات العتق عن دبر، إلاَّ أنه جعل سبباً للحال؛ لضرورة ذكرناها في بيع المدبر، والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة، والضرورة في حرمة البيع لا في سقوط التقويم، وهٰهنا الأمر على القلب من ذلك، لأن السبب يقتضي الحكم للحال، والتأخر على خلاف الأصل، والدليل على أنها غير متقومة من حيث إنها مال؛ لأنها لا تسعى لغريم ولا لوارث، ولو كانت متقومة من حيث إنها مال، لثبت للغريم حق فيها، وللوارث في ثلثيها، فيجب أن يسعى في ذلك كالمدبر، والسعاية مبنية على هذا الأصل؛ لأن استسعاء العبد يكون بقيمته، ولا قيمة لأم الولد فلا سعاية عليها، وأما قوله إنَّ ملك المولى فيها قائمٌ بعد الاستيلاد، والعصمة قائمة ـ فمسلَّم، لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضي التقوم كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة، وأما أم ولد النصراني إذا أسلمت فالجواب من وجهين:

٢/١٩٧ب

أحدهما: أنها متقومة في زعمهم واعتقادهم، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون، فإذا دَانُوا تقويمها يتركون وذلك؛ ولذلك جعلت خمورهم متقومة؛ كذا هذا.

والثاني: أنَّ أمَّ ولد النصراني إذا أسلمت تجعل مكاتبة للضرورة؛ إذ لا يمكن القول بعتقها؛ لأنَّ مِلْكَ الذمي ملك محترم، فلا يجوز إبطاله عليه، ولا سبيل إلى إبقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها، لما فيه من الاستذلال بالمسلمة، ولا وجه إلى دفع المذلة عنها بالبيع من المسلم؛ لخروجها بالاستيلاد عن محلية البيع، فتجعل مكاتبة، وضمان الكتابة ضمان شرط، ولأنه لا يوقف على كون ما يقابله مالاً متقوماً كما في النكاح والخلع، ثم إذا سعت تسعى وهي رقيقة عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: تسعى وهي حُرَّةٌ.

وجه قوله: إن الاستسعاء استذلالٌ بها، وهذا لا يجوز.

ولنا ما ذكرنا أن في الحكم بعتقها إبطال ملك الذمي عليه، وتتعلق ديونه بذمة المفلس، وملكه معصوم، والاستذلال في الاستمتاع والاستخدام لا في نفس الملك؛ ألا ترى أن أمة النصراني إذا أسلمت فَكَاتَبَهَا المَوْلَىٰ لا تُجبر على البيع، وقد خرج الجواب عن الكتابة، وإنما ضمنت بالقتل؛ لأن ضمان القتل ضمان الدم والنفس، وإنها متقومةٌ من هذه الجهة، وما ذكر

محمد في الإملاء عن أبي حنيفة فذلك ضمان القتل؛ لأنه إذا لم يحفظها حَتَّىٰ هَلَكَتْ بسبب حادث فقد تسبب لقتلها، وتجوز كتابتها كما يجوز إعتاقها لما فيه من تعجيل العتق إليها، ولا تشكل الكتابة على أصل أبي حنيفة أنها معاوضة، ورق أم الولد لا قيمة له، فلا يجوز أن يستحق المولى عليه عوضاً؛ لأن صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالاً أصلاً، فضلاً عن كونه متقوماً كما في النكاح والخلع.

فإنْ مَاتَ المَوْلَىٰ قبل أن تؤدي بدل الكتابة عتقت، ولا شيء عليها، أما العتق فلأنها كانت أم ولد وقد مات مولاها، وأما العتق بغير شيء فلأن الكتابة قد بطلت؛ لأن الحرية توجهت إليها من وجهين؛ الاستيلاد والكتابة، فإذا ثبت العتق بأحدهما بطل حكم الآخر؛ وكذا يجوز إعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى إذا قبلت عتقت والمال دين عليها؛ لأن الإعتاق على مال من باب تعجيل الحرية، وأما الذي يتعلق بما بعد موت المولى، فمنها عتقها لأن عتقها كان معلقاً شرعاً بموت المولى؛ لما روى عكرمة عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال: قال رسولُ الله ﷺ: «**أَيَّمَا رَجُل وَلَدَتْ أَمَتُهُ مِنْهُ، فَهِيَ مُعْتَقَةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ**»[1].

وقد روينا عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ قال حين ولدت أُمُّ إبراهيم ـ عليه السلام ـ: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**».

ومعلومٌ أنه لا يثبت حقيقة العتق في حال الحياة، فَلَوْ لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث؛ ولأن سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل في حال الحياة، فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب، ويستوي فيه الموت الحقيقي والحكمي بالردة واللحوق بدار الحرب؛ لما ذكرنا في «كتاب التدبير».

وكذا الحربي المستأمن إذا اشترى جارية في دار الإسلام واستولدها، ثم يرجع إلى دار

---

(١) أخرجه أحمد (١/٣١٧) وابن ماجه (٢/٨٤١) كتاب العتق: باب أمهات الأولاد حديث (٢٥/٥) والدارقطني (٤/ ١٣٠ ـ ١٣١) كتاب المكاتب حديث (١٧، ١٨، ١٩، ٢٠) والحاكم (١٩/٢) كتاب البيوع: باب بيع أمهات الأولاد، والبيهقي (٣٤٦/١٠) كتاب عتق أمهات الأولاد: باب الرجل يطأ أمته بالملك، كلهم من طريق حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس عن عكرمة عن ابن عباس به وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

وتعقبه الذهبي بأن حسين متروك.

قال البوصيري في «الزوائد» (٢/ ٢٩١): هذا إسناد ضعيف حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله الهاشمي تركه علي بن المديني وأحمد بن حنبل والنسائي وضعفه أبو حاتم وأبو زرعة وقال البخاري: يقال إنه كان يتهم بالزندقة.

الحرب، فاسترق[١] الحربي، عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر؛ وكذا يعتق ولدها الذي ليس/ من مولاها إذا سرت[٢] أمية الولد إليها على ما بينا؛ لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية. ٢/١٩٨أ

ومنها: أنها تعتق من جميع المال، ولا تسعى للوارث ولا للغريم؛ بخلافِ المدبرة؛ لما روينا عن رسولِ اللَّهِ ﷺ أنه قال: «**أُمُّ الوَلَدِ لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُوهَبُ**» وهي حُرَّةٌ في جميع المال، وهذا نَصٌّ.

وروينا عن سعيد بن المسيب أنه قال: أمر رسولُ الله ﷺ بعتق أمهاتِ الأولادِ مِنْ غَيْرِ الثُّلُثِ، ولا يُبْعَنَ فَي دَيْنٍ، ولا يُجعلن في الثلثِ.

وفي بعض الروايات: ولا يُجعلن في الثلث ولا يُستسعين في دينٍ.

وفي بعضها أمر رسولُ الله ﷺ بعتق أمهات الأولادِ من غيرِ الثلثِ، ولا يُبعن في دين.

ولأن سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد، [وحرية][٣] النسب لا تجامعها السعاية؛ كذا حرية الاستيلاد، ومنها: أن ولاءها للمولى لأن الإعتاق منه لما بينا.

فصل فيما يظهر به الاستيلاد

وأما بيان ما يظهر به الاستيلاد، فظهوره بإقرار المولى، ثم إن أقر به في حال الصحة أن هذه الجارية قَدْ ولدتْ منه، فقد صارت أم ولده، سواء كان معها ولدٌ أو لم يكن؛ لأن الإقرارَ في حالِ الصحةِ لا تهمة فيه؛ فيصح؛ ولهذا لو أعتقها في الصحة يعتبر من جميع المال.

وإنْ كَانَ الإقرار به في مرض موته، فإن كان معها ولد، صارت أم ولده أيضاً، وتعتق من جميع المال إذا مات المولى؛ لأن كون الولد معها دليل الاستيلاد، فكان الظاهر شاهداً له فيصح إقراره؛ ولأن النسب[٤] من الحوائج الأصلية، وتَصرف المريض في مرض الموت فيما يحتاج إليه حاجةٌ أصلية نافذ؛ كشراء الطعام والكسوة ونحو ذلك.

وإن لم يكن معها ولد عُتقت من الثلث؛ لأنه متهم في إقراره في حق سائر الورثة، ولم يوجد ما ينفي التهمة وهو الولد؛ وكذا إذا لم يكن معها ولدٌ لا تحتاج إلى النسب[٥]، فيصير قوله: هذه أم ولدي؛ كقوله: هذه حرة بعد موتي، فتعتق بعد موته من الثلث.

---

(١) في ط: فاشترى.
(٢) في ط: مرت.
(٣) سقط من ط.
(٤) في ط: التسبب.
(٥) في ط: التسبب.

كِتَابُ المُكَاتَبِ[1]

الكلامُ في هذا الكتاب يَقَعُ في مواضع: في بيان جواز المكاتبة، وفي بيان ركن المكاتبة، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا يملكه، وفي بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه، وفي بيان صفة المكاتبة، وفي بيان حكم المكاتبة، وفي بيان ما تنفسخ به المكاتبة.

أمَّا الأول: فالقياس ألا تجوز المكاتَبَةُ؛ لما فيها من إيجاب الدَّين للمولى على عبده، وليس يجب للمولى على عبده دينٌ، وفي الاستحسان جائزٌ بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أمَّا الكتاب، فقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور:٣٣] وأدنى درجات الأمر الندب، فكانت الكتابة مندوباً إليها، فضلاً عن الجواز[2]، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ:

---

(١) الكِتَابَةُ لغة: الضم والجمع، ومنها الكَتِيبَةُ: وهي الطائفة من الجيش العظيم. والكَتْبُ لجمع الحروف في الخط.

ومعنى المكاتبة في الشرع: هو أن يكاتب الرجل عبده على مال يؤدّيه مُنَجَّماً عليه، فإذا أدّاه فهو حر.

ولها حالتان: **الأولى**: أن يطلبها العبد ويُجِيبه السيد.

الثانية: أن يطلبها العبد ويأباها السيد، وفيها قولان: **الأول**: لعكرمة وعطاء ومسروق وعمرو بن دينار والضحاك بن مُزاحم وجماعة أهل الظاهر أن ذلك واجب على السيد. وقال علماء الأمصار: لا يجب ذلك. وتعلق من أوجبها بمطلق الأمر، وافعل بمطلقه على الوجوب حتى يأتي الدليل بغيره. وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس، واختاره الطبري.

وتمسك الجمهور بأن الإجماع منعقد على أنه لو سأله أن يبيعه من غيره لم يلزمه ذلك ولم يجبر عليه وإن ضوعف له في الثمن وكذلك لو قال له أعتقني أو دبرني أو زوجني لم يلزمه ذلك بإجماع، فكذلك الكتابة؛ لأنها معاوضة فلا تصح إلا عن تراضٍ. وقولهم: مطلق الأمر يقتضي الوجوب صحيح، لكن إذا عَرِي عن قرينة تقتضي صرفه عن الوجوب، وتعليقه هنا بشرط علم الخير فيه؛ فعلق الوجوب على أمر باطن وهو علم السيد بالخيرية وإذا قال العبد: كاتبني؛ وقال السيد: لم أعلم فيك خيراً، وهو أمر باطن، فيرجع فيه إليه ويعول عليه. وهذا قوي في بابه.

ينظر المغرب ٢/٢٠٦ ومعجم مقاييس اللغة ٥/١٥٨، والقرطبي ١٢/١٦٢.

(٢) قال الشافعي ـ رحمه الله ـ يجب على المولى إيتاء المكاتب وهو أن يحط عنه جزءاً من مال الكتابة أو يدفع إليه جزءاً مما أخذ منه، وقال مالك وأبو حنيفة وأصحابه: إنه مندوب إليه لكنه غير واجب، حجة =

﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور:٣٣]، أي: رغبة في إقامة الفرائض، وقيل: وفاء لأمانة الكتابة، وقيل حرفة.

وروي هذا عن رسول الله ﷺ أنه قال في [تفسير][1] قوله - عزَّ وجلَّ - ﴿خيراً﴾، أي: حرفة، ولا ترسلوهم كلاباً على الناس.

وأما السُّنَّة: فما رَوَىٰ محمد بن الحسن بإسناده، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**أَيُّمَا عَبْد كُوتِبَ عَلَىٰ مائَةِ أُوقِيَةٍ فَأَدَّاهَا كُلَّهَا إِلاَّ عَشرَ أَوَاقٍ، فَهُوَ رَقِيقٌ**»[2]

= الشافعي - رحمه الله - ظاهر قوله: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ والأمر للوجوب فقيل عليه إن قوله: ﴿فكاتبوهم﴾ وقوله: ﴿وآتوهم﴾ أمران وردا في صورة واحدة فلم جعلت الأولى ندباً والثاني إيجاباً؟ وأيضاً فقد ثبت أن قوله ﴿وآتوهم﴾ ليس خطاباً مع الموالي بل مع عامة المسلمين وحجة أبي حنيفة - رحمه الله - من حيث السنة والقياس، أما السنة فما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة والسلام قال: «أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو عبد» فلو كان الحط واجباً لسقط عنه بقدره، وعن عروة عن عائشة - رضي الله عنها - قالت «جاءتني بريرة فقالت: يا عائشة، إني قد كاتبت أهلي عل تسع أواق في كل عام أوقية فأعيتني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت: عائشة - رضي الله عنها - ارجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً ويكون ولاؤك لي فعلت، فأبوا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: لا يمنعك ذلك منها ابتاعي وأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق وجه الاستدلال أنها ما قضت من كتابتها شيئاً وأرادت عائشة أن تؤدي عنها كتابتها بالكلية وذكرته لرسول الله ﷺ وترك رسول الله النكر عليها، ولم يقل إنها تستحق أن يحط عنها بعض كتابتها فثبت قولنا. وأما القياس فمن وجهين **الأول**: لو كان الإيتاء واجباً لكان وجوبه متعلقاً بالعقد فيكون العقد موجباً له ومسقطاً له وذلك محال لتنافي الإسقاط والإيجاب. **الثاني**: لو كان الحط واجباً لما احتاج إلى أن يضع عنه بل كان يسقط القدر المستحق كمن له على إنسان دين ثم حصل لذلك الآخر على الأول مثله فإنه يصير قصاصاً، ولو كان كذلك لكان قدر الإيتاء إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً فإن كان معلوماً وجب أن تكون الكتابة بألفين فيعتق إذا أدى ثلاثة آلاف والكتابة أربعة آلاف. وذلك باطل لأن أداء جميعها مشروط فلا يعتق بأداء بعضها، ولأن عليه السلام قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وإن كان مجهولاً صارت الكتابة مجهولة لأن الباقي بعد الحط مجهول فيصير بمنزلة من كاتب عبده على ألف درهم إلا شيئاً وذلك غير جائز.

ينظر: التفسير الكبير ٢٣/ ١٩١.

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٤٤) كتاب العتق: باب في المكاتب يؤدي بعض مكاتبته حديث (٣٩٢٧) والترمذي (٣/ ٥٦٠) كتاب البيوع: باب المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي حديث (١٢٦٠) والنسائي في «الكبرى» (٣/ ١٩٧) وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب العتق: باب المكاتب حديث (٢٥١٩) والدارقطني (٤/ ١٢١) كتاب المكاتبة حديث (١) والحاكم (٢/ ٢١٨) كتاب المكاتب والبيهقي (١٠/ ٣٢٣ - ٣٢٤) كتاب المكاتب: باب المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
قال الترمذي: حديث حسن غريب.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وقال ﷺ: **«المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِي عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»**[١].

وروي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ كَاتَبَتْ بريرة بحضرة النبي ﷺ[٢] ولم ينكر عليها، وعليه إجماع الأمة، وبه تبين أن قول داود بن علي الأصفهاني أن الكتابةَ واجبةٌ ـ قولٌ مخالفٌ للإجماع، وأن تعلقه بظاهر الأمر لا يصح[٣]؛ لأن الأمةَ من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٤١٤): كتاب «العتق»: باب «في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت» رقم (٣٩٢٦ ـ ٣٩٢٧)، والنسائي في الكبرى (٣/ ١٩٧): كتاب «العتق»: باب «ذكر الاختلاف على علي في المكاتب يؤدي بعض ما عليه» رقم (٥٠٢٥/ ١م ـ ٥٠٢٦/ ٣ ـ ٥٠٢٧/ ٤)، (٢/ ٢١٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٢) كتاب «العتق»: باب «المكاتب» رقم (٢٥١٩)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٤، ٣٢٥): كتاب «المكاتب»: باب «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم».
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.
قال ابن حجر في تلخيص الحبير (٤/ ٣٩٨).
أخرجه أبو داود والنسائي والحاكم من طرق، رواه النسائي وابن حبان من وجه آخر من حديث عطاء، عن عبد الله بن عمرو بن العاص في حديث طويل، ولفظه: «ومن كان مكاتباً على مائة درهم، فقضاها إلا أوقية، فهو عبد». قال النسائي: هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ، وقال ابن حزم: عطاء هذا هو الخراساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمرو وقال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحداً روى هذا إلا عمرو بن شعيب، ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته، وعلى هذا فتيا المفتين.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٤٣).
أخرجه أبو داود في «العتاق» عن إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، قال: المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم، انتهى. وفيه إسماعيل بن عياش، لكنه عن شيخ شامي ثقة، وأخرج ابن عدي في «الكامل» عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمٰن عن أم سلمة، أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، أو أوقية، انتهى. وضعف سليمان بن أرقم عن أحمد، وأبي داود، والنسائي، وابن معين، وقالوا كلهم فيه: إنه متروك، قال ابن عدي: ولعل البلاء فيه من المسيب بن شريك، وهو الذي رواه عن سليمان. فإنه شر من سليمان، انتهى. وروى مالك في «الموطأ» عن نافع عن ابن عمر، موقوفاً: المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته، انتهى. وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمرو بن عمر، وعلي، وزيد بن ثابت، وعائشة، لم يروه مرفوعاً أصلاً.
وفي الباب من حديث ابن عمر من طريق نافع: أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٨٧) كتاب «المكاتب» باب «القضاء في المكاتب» رقم (١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) قال ابن قدامة إذا سألَ العبدُ سَيِّدَه مُكاتَبَتَه، اسْتُحِبَّ له إجابَتُه، إذا عَلِمَ فيه خَيْراً، ولم يَجِبْ ذلك. في ظاهِرِ المذهب. وهو قولُ عامَّةِ أهلِ العِلْمِ، منهم؛ الحسنُ، والشَّعْبِيُّ، ومالكٌ، والثَّوْرِيُّ، والشافعيُّ، وأصْحابُ الرَّأْيِ. وعن أحمدَ، أنَّها واجِبَةٌ، إذا دعَا العبدُ المُكْتَسِبُ الصَّدُوقُ سَيِّدَه إليها، فعليه إجابَتُه. وهو قولُ عَطاءٍ، والضَّحاكِ، وعمرو بن دِينارٍ، وداودَ. وقال إسحاقُ: أخْشَى أن يَأْثَمَ إنْ لم يَفْعَلْ، ولا يُجْبَرُ عليه. ووَجْهُ ذلك قولُ الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾. وظاهِرُ الأمرِ الوُجُوبُ. =

يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثاً لورثتهم من غير نكيرٍ، فعلم أن ليس المراد من هذا الأمر الوجوب.

وأما الجواب عن وجه القياس أن المولى لا يجب له على عبده دين، فهذا على الإطلاق ممنوعٌ، وإنما نسلم ذلك في العبد القن، لا في المكاتب والمستسعي، لأن كسب القن ملك المولى، وكسب المكاتب والمستسعي ملكهما، لا حق للمولى فيه، فكان المولى كالأجنبي عن كسب المكاتب، فأمكن إيجاب الدين للمولى عليه.

فصل في ركن المكاتبة

وأما ركن المكاتبة فهو: الإيجاب من المولى، والقبول من المكاتب، أما الإيجاب فهو: اللفظ الدال على المكاتبة، نحو قول المولى لعبده: كاتبتك على كذا، سواءٌ ذكر فيه حرف التعليق؛ بأن يقول على أنك إنْ أدّيْتَ إليَّ فأنت حرٌّ، أو لم يذكر عندنا.

= ورُوِيَ أنَّ سِيرِينَ أبا محمدِ بن سِيرِينَ، كان عبداً لأَنسِ بن مالكٍ، فسأله أنْ يُكاتِبَه، فأَبَى، فأخْبَرَ سِيرِينُ عمرَ بنَ الخَطَّابِ بذلك، فَرَفَعَ الدِّرَّةَ على أنسٍ، وقَرَأَ عليه: ﴿والَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتابَ مِمَّ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُم إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيراً﴾. فكاتَبَه أنسٌ ولَنا، أنَّه إعْتاقٌ بعِوَضٍ، فلم يَجِبْ، كالاسْتِسْعاءِ، والآيةُ مَحْمولةٌ على النَّدْبِ، وقولُ عمرَ ـ رضي الله عنه ـ يُخالِفُ فِعْلَ أنسٍ. ولا خِلافَ بينَهم في أنَّ مَنْ لا خَيْرَ فيه لا تَجِبُ إجَابَتُه. قال أحمدُ: الخَيْرُ صِدْقٌ، وصَلاحٌ، ووَفاءٌ بمالِ الكِتابةِ. ونحوَ هذا قال إبراهيمُ، وعمرُو بن دِينارٍ، وغيرُهما، وعِبارَتُهم في ذلك مُخْتلِفةٌ، قال ابنُ عباسٍ: غَناءٌ، وإعْطاءٌ للمالِ. وقال مُجاهدٌ: غَناءٌ، وأداءٌ. وقال النَّخَعِيُّ: صِدْقٌ، ووَفاءٌ. وقال عمرُو بن دِينارٍ: مالٌ، وصلاحٌ. وقال الشافعيُّ: قُوَّةٌ على الكَسْبِ، وأمانةٌ. وهل تُكْرَه كِتابةُ مَنْ لا كَسْبَ له أو لا؟ قال القاضي: ظاهِرُ كلامِ أحمدَ كَراهِيَتُه. وكان ابنُ عمرَ ـ رضي الله عنه ـ يَكْرَهُه. وهو قولُ مَسْرُوقٍ، والأَوْزاعِيِّ. وعن أحمدَ، روايةٌ أُخْرَى، أنَّه لا يُكْرَهُ. ولم يَكْرَهْه الشافعيُّ، وإسْحاقُ، وابنُ المُنْذِرِ، وطائِفةٌ من أهْلِ العلم، لأنَّ جُوَيْرِيَةَ بنتَ الحارثِ، كاتبها ثابتُ بن قيسِ بن شَمَّاسٍ الأنصاريُّ، فأتَتِ النَّبِيَّ ﷺ تَسْتَعِينُه في كِتابتِها، فأدَّى عنها كِتابَتَها، وتزوَّجها. واحْتَجَّ ابنُ المُنْذِرِ، بأن بَرِيرةَ كاتَبَتْ ولا حِرْفَةَ لها، ولم يُنْكِرْ ذلك رسولُ الله ﷺ. ووَجْه الأوَّلِ ما ذَكَرْنا في عِتْقِه، ويَنْبَغي أن يُنْظَرَ في المُكاتَبِ، فإنْ كان ممن يَتضرَّرُ بالكِتابةِ ويَضِيعُ، لِعَجْزِه عن الإنْفاقِ على نَفْسِه، ولا يَجِدُ مَنْ يُنْفِقُ عليه، كُرِهَتْ كِتابَتُه، وإن كان يَجِدُ مَنْ يَكْفِيه مُؤْنَتَه، لم تُكْرَهْ كتابَتُه؛ لحُصولِ النَّفْعِ بالحُرِّيَّةِ من غيرِ ضَرَرٍ. فأمَّا جُوَيْرِيَةُ، فإنَّها كانت ذاتَ أهْلٍ، وكانت ابنةَ سَيِّدِ قَوْمِه، فإذا عَتَقَتْ، رَجَعَتْ إلى أهْلِها، فأخْلَفَ الله لها خيراً من أهْلِها، فتزَوَّجَها رسولُ الله ﷺ، وصارتْ إحْدَى أُمَّهاتِ المؤمنينَ، وأعْتَقَ الناسُ ما كان بأيْدِيهم من قَوْمِها، حينَ بَلَغَهم أنَّ رسولَ الله ﷺ تَزَوَّجَها، وقالوا: أصْهارُ رَسُولِ الله ﷺ. فلم يُرَ امرأةٌ أعْظَمَ بَرَكَةً على قَوْمِها منها. وأمَّا بَرِيرَةُ، فإن كِتابَتَها تَدُلُّ على إباحَةِ ذلك، وأنَّه ليس بمُنْكَرٍ، ولا خِلافَ فيه، وإنَّما الخِلافُ في كَرَاهَتِه قال مَسْرُوقٌ: إذا سألَ العبدُ مَوْلاه الكِتابةَ؛ فإن كان له مَكْسَبةٌ، أو كان له مالٌ، فلْيُكاتِبْه، وإن لم يكُنْ له مالٌ ولا مَكْسَبةٌ، فلْيُحْسِنْ مَلَكَتَه، ولا يُكَلِّفْهُ إلاَّ طاقَتَه.

ينظر: المغني (١٤/٤٤٢ ـ ٤٤٤).

وعند الشافعي/ : لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق، وهو أن يقول: كاتبتك على كذا ٢/١٩٨ب على أنك إنْ أديت إليَّ فَأَنْتَ حُرٌّ، بناء على أن معنى المعاوضة أصل في الكتابة[1]، ومعنى التعليق فيها ثابتٌ عندنا، والعتق عنده الأداء يثبت من حيث المعاوضة، لا من حيث التعليق بالشرط، وعنده معنى التعليق فيها أصل أيضاً، والعتق ثبت من حيث التعليق، فلا بُدَّ من حرف التعليق، وما قلناه أوْلَىٰ بدليل أنه لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق، ولوكان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الأداء.

وَكَذَا لو قال لعبده: أَنْتَ حُرٌّ على ألف تُؤديها إليَّ نجوماً، في كُلِّ شهرٍ كذا، فقبل، أو قال: إذا أديت لي ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر، فقبل، أو قال جعلت عَلَيْكَ أَلْف درهم تؤديها إليَّ كل نجم كذا، فإذا أديت فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيقٌ، وقَبِلَ، ونحو ذلك من الألفاظ؛ لأن العِبْرة في العقود إلى المعاني لا للألفاظ.

وَأما القبول فهو: أن يقول العبد: قبلتُ، أو رَضيتُ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فإذا وجد الإيجاب والقبول فقد تَمَّ الركنُ، ثم الحاجة إلى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصوداً لا تبعاً؛ كالولد المولود في الكتابة، والولد المشترى والوالدين؛ على ما نذكر؛ لأن الإتباع كما لا يفرد بالشروط لا يفرد بالأركان؛ لما فيه من قلب الحقيقة، وهو جعل التبع متبوعاً، وهذا لا يجوز.

فصل في شروط الركن

وأما شرائط الركن فأنواعٌ؛ بعضُها يَرجِعُ إلىٰ المولى، وبعضُها يَرْجِعُ إلى المكاتب، وبعضُها يرجع إلى بدل الكتابة، وبعضُها يرجع إلى نفس الركن، ثم بعضُها شرط الانعقاد، وبعضُها شرط النفاذ، وبعضُها شرط الصحة.

---

(١) قال ابن قدامة إذاكاتبه على أنْجُم معلومةٍ، صَحَّتِ الكتابةُ، وَعَتَقَ بأدائِها، سَواءٌ نَوَى بالكتابةِ الحُرِّيَّةَ أو لم يَنْوِ، وسَواءٌ قال: فإذا أدَّيْتَ إليَّ، فأنتَ حُرٌّ. أو لم يَقُلْ. وبهذا قال أبو حنيفةَ. وقال الشَّافِعيُّ: لا يَعْتِقُ حتى يقولَ: فإذا أدَّيْتَ إليَّ، فأنتَ حُرٌّ. أو يَنْويَ بالكتابةِ الحُرِّيَّةَ. ويَحْتَمِلُ في مَذْهَبِنا مثلَ ذلك، لأنَّ لَفْظَ الكتابةِ يَحْتَمِلُ المُخارَجةَ، ويَحْتَمِلُ العِتْقَ بالأداءِ، فلا بُدَّ مِن تَمْييزِ أحدِهما عن الآخَرِ، ككِنايات العِتْقِ. ولَنا، أنَّ الحُرِّيَّةَ مُوجَبُ عَقْدِ الكِتابةِ، فتَثْبُتُ عندَ تَمامِه، كسائرِ أحْكامِه، ولأنَّ الكِتابةَ عَقْدٌ وُضِعَ للعِتْقِ، فلم يَحْتَجْ إلى لَفْظِ العِتْقِ ولا نِيَّتِه، كالتَّدْبيرِ، وما ذكَروه مِن اسْتِعْمالِ الكتابةِ في المُخارَجةِ إن ثَبَتَ، فليس بمَشْهُورٍ، فلم يَمْنَعْ وُقوعَ الحُرِّيَّةِ به، كسائرِ الألْفاظِ الصَّريحةِ، على أنَّ اللَّفْظَ المُحْتَمِلَ ينصَرِفُ بالقَرائنِ إلى أحَدِ مُحْتَمِلَيه، كلَفْظِ التَّدْبيرِ فإنَّه يَحْتَمِلُ التَّدْبيرَ في معاشِه أو غيرَ ذلك، وهو صَريحٌ في الحُرِّيَّةِ، فههُنا أوْلَى.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٥١، ٤٥٢).

أما الذي يرجع إلى المولى فمنها: العقلُ وأنه شرطُ الانعقاد، فلا تنعقد المكاتبة من الصبي الذي لا يعقل والمجنون.

ومنها: البلوغ وهي شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة[١] من الصبي العاقل، وإن كان حُرّاً أو مأذوناً في التجارة من قبل المولى أو الوصي[٢]؛ لأن المكاتبة ليست بتجارة؛ إذ التجارة مبادلة المال بالمال، والمكاتبة ليست كذلك، وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها، ولهذا لا يملكها العبد المأذون، والشريك شركة العنان[٣] لما قلنا، وَلَهُ أن يُكاتب عبده بإذن أبيه أو وصيه؛ لأن الأب والوصي يملكان العقد بأنفسهما، فيملكان الإذن به للصبي إذا كان عاقلاً.

ومنها: الملك والولاية، وهذا من شرائط النفاذ[٤]، لأن المكاتبة فيها معنى المعاوضة والتعليق، وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية؛ فكذا عند الاجتماع، فلا تنفذ المكاتبة من الفضولي لانعدام الملك والولاية، وتنفذ من الوكيل لأنه نائبُ الموكل، فكان تصرفه تصرف الموكل؛ وكذا من الأب والوصي استحساناً، والقياس أن لا تنفذ.

وَجْه القياس: أنَّ المُكَاتَبَةَ تصرفٌ يفضي إلى العتق وهما لا يملكان الإعتاق، لا بغير بدل ولا ببدل؛ كالإعتاق على مال وبيع نفس العبد منه.

---

(١) في أ: تنعقد المكاتبة.

(٢) ولا تَصِحُّ الكتابةُ إلاَّ ممَّن يَصِحُّ تَصَرُّفه فأمَّا المجْنونُ والطِّفلُ، فلا تصِحُّ مُكاتَبَتُهما لرَقِيقِهما، ولا مُكاتبةُ سَيِّدِهما لهما، وأمَّا الصَّبِيُّ المُمَيِّزُ، فإن كاتَبَ عبدَه بإذْنِ وَلِيِّه، صَحَّ. ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَصِحَّ، بِناءِ على قَوْلِنا: إنَّه لاَ يَصِحُّ بَيْعُه بإذْنِ وَلِيِّه، ولأنَّ هذا عَقْدُ إعْتاقٍ، فلم يَصِحَّ منه، كالعِتْقِ بغيرِ مالٍ، فأمَّا إن لم يَأْذَنْ وَلِيُّه فيه، فلا يَصِحُّ بحالٍ، وإن كاتَبَ المُمَيِّزُ سَيِّدَه، صَحَّ. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشَّافِعيُّ: لا يَصِحُّ فيهما جميعاً بحالٍ، لأنَّه ليس بُكَلَّفٍ، فأشْبَهَ المجنونَ. ولَنا، أنَّه يَصِحُّ تصرُّفُه وبَيْعُه بإذْنِ وليِّه، فصَحَّتْ منه الكتابةُ بذلك، كالمُكَلَّفِ، ودليلُ صِحَّةِ تَصَرُّفِه قولُ الله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ﴾. والابْتِلاءُ الاخْتِبارُ له، بتَفْويضِ التصرُّفِ إليه، ليعْلَمَ هل يَقَعُ منه على وَجْهِ المُصْلَحةِ أو لا؟ وهل يُغْبَنُ في بَيْعِه وشِرائِه أو لا؟ وإيجابُ السَّيِّدِ لعبده المُمَيِّزِ المُكاتَبَةَ إذْنٌ له في قَبُولِها. إذا ثَبَتَ هذا، فإنْ كان السَّيِّدُ المُكاتِبُ طِفلاً أو مجنوناً، فلا حُكْمَ لِتَصَرُّفِه ولا قَوْلِه. وإن كاتَبَ المُكَلَّفُ عَبْدَه الطِّفلَ أو المجنونَ، لم يَثْبُتْ لهذا التَّصَرُّفِ حكمُ الكِتابةِ الصحيحَةِ ولا الفاسدةِ؛ لأنَّه لا حُكْمَ لقَوْلِهما، ولكنْ إنْ قال: إن أدَّيْتُما إليَّ، فأنْتُما حُرّانِ. فأدَّيا، عَتَقَا بالصِّفَةِ لا بالكِتابةِ، وما أَيْدِيهما لسَيِّدِهما، وإن لم يَقُلْ ذلك، لم يَعْتِقَا. ذكره أبو بكرٍ. وقال القاضي: يَعْتِقان. وهو مذهبُ الشَّافِعيِّ؛ لأنَّ الكِتابةَ تَتَضَمَّنَ معنى الصِّفَةِ، فيَحْصُلُ العِتْقُ ههُنا بالصِّفَةِ المَحْضَةِ، كما لو قال: إن أدَّيْتَ إليَّ، فأنتَ حُرٌّ. ولَنا، أنَّه ليس بصِفَةٍ صَريحاً ولا معنًى، وإنَّما هو عَقْدٌ باطِلٌ، فأشْبَهَ البَيْعَ الباطِلَ.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٤٤، ٤٤٥).

(٣) في أ: عنان والمضارب.

(٤) في ط: بشرط نفاذ.

وَجْهُ الاستحسان: أن المكاتبة من باب اكتساب المال، ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والإجارة؛ بخلاف الإعتاق على مال وبيع نفس العبد منه؛ لأن ذلك ليس من باب الاكتساب، بل هو من باب الإعتاق[١]؛ لأن العبد يعتق بنفس القبول، فيبقى المال ديناً في ذمة المفلس، فإن أَقَرَّ الأب أو الوصي بقبض بدل الكتابة، فإن كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود، يصدق ويعتق المكاتب؛ لأنه أمين في قبض الكتابة، فكان مصدقاً كالوكيل بالبيع إذا باع ثم أقر بقبض الثمن، وإن لم تكن معروفة، لم يجز إقراره ولا يعتق العبد، لأن الكتابة إذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه إقراراً بالعتق، وإقرار الأب أو الوصي بعتق عبد اليتيم لا يجوز، وَإِذَا كَانَتْ الكتابة ظاهرة كان ذلك منه إقراراً باستيفاء الدين، فيصح إقراره.

ولو كاتب الأب أو الوصي ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة، فالمكاتبة ماضيةٌ، إلا أنه ليس للوصي ولا للأب أن يقبض بدل الكتابة؛ لأنه إنما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد، لأن حقوق العقد في المكاتبة يرجع إلى مَنْ عقد له، لا إلى العاقد، وقد زالت ولايته بالبلوغ، بخلاف الوصي إذا باع شيئاً ثم أدرك اليتيم أن له أن يقبض، لأن حقوق البيع [ترجع إليه][٢] وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع إلى العاقد، هذا إذا كانت الورثة صغاراً، فإن كانوا كباراً لا يجوز للوصي أن يكاتب ولا للأب؛ لزوال ولايتها بالبلوغ، سواء كانوا حضوراً/ ٢/ ١٩٩أ أو غيباً؛ لأنَّ الموجب لزوال الولاية لا يختلف، وهذا بخلاف البيع؛ لأن الوارث الكبير إذا كان غائباً أن للأب والوصي أن يبيع المقتول؛ لأن بيع المقتول من باب الحفظ؛ لأن حفظ ثمنه أيسر من حفظه عينه، ولهما ولاية الحفظ، وليس في الكتابة حفظ فلا يملكانها.

وَإِنْ كانت الورثة صغاراً وكباراً، ذكر في الأصل؛ أنه لا يجوز.

ثم اختلف في هذا الإطلاق، قال بعضُهم: معناه أنه لا يجوز في نصيب الكبار، وأما في نصيب الصغار ـ فجائز.

وقال بعضُهم: معناه أنه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعاً؛ لأنه إذا لم يجز في نصيب الكبار، لم يكن في جوازه في نصيب الصغار فائدة، لأن لهم أن يفسخوا العقد، وصار كعبد بين اثنين أنه يمنع أحدهما عن كتابة نصيبه إلا برضا شريكه، لأنه لو فعل بغير إذن شريكه، كان لشريكه أنْ يفسخ، فلم يكن فيه فائدة؛ كذا هذا.

ولو كان على الميت دَيْنٌ فَكَاتَبَ الوصي عبده من تركته لم يجز؛ كذا ذكر في الأصل، ولم يفصِّلْ بين ما إذا كان الدين محيطاً بالتركة، وبين ما إذا لم يكن محيطاً بها، منهم من

---

(١) في أ: الاتلاف.

(٢) سقط من ط.

أجرى المذكور في الأصل على إطلاقه، وقال: لا تجوز مكاتبته، سواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن، أما إذا كان محيطاً بالتركة فلأن حق الغرماء يكون متعلقاً بها، والمكاتبة تتضمن إبطال حقهم؛ لأنها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة، فلا يملك تأجيلها بالكتابة، وإن كان غير محيط بالتركة فكذلك؛ لأن ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقاً وتبطل الكتابة؛ لأن ذلك القدر مِنَ الدين يتأجل تسليمه فيتضرر به الغريم، إلا أن يختار استيفاؤه من غيرها فيجوز؛ لأن عدم الجواز لحق الغريم، فإذا استوفي من محل آخر فَقَدْ زال حقه، فزال المانع بين الجواز.

وذكر القدوري أن المسألة محمولة على ما إذا كان [الدين محيطاً بالتركة بأن لم يكن][1] للميت غير العبد أو غير القدر الذي يقضي به الدين، فَأَمَّا إذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة، يجوز له ذلك؛ لأنه إذا كان هناك مال آخر يقضي به الدين فَحَقُّ الغرماء لا يتعلق بعين[2] العبد؛ لأن التعليق بحاجتهم إلى استيفاء دينهم، وأنه يحصل بدونه؛ لأنه لو تعلق قليل الدين بجملة التركة لأدى إلى الحرج؛ لأن التركة قَلَّما تخلو عن قليلِ الدين، ولا يجوز لأحد الوصيين أنْ يُكَاتب بغير إذن صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد، ويجوز في قول أبي يوسف.

وأصلُ المسألة أنه هل لأحد الوصيين أنْ يتصرف في مال اليتيم بغير إذن صاحبه، فهو على الخلاف الذي ذكرنا، وهي من مسائل «كتاب الوصايا».

ولوصي الوصي أن يُكاتب؛ لأنه قائمٌ مقامَ الوصي، وسواء كان المملوك محجوراً أو مأذوناً بالتجارة، وعليه دين أو لا دين عليه؛ لأن الدين لا يوجب زوال الملك عنه، فتنفذ المكاتبة، إلا أنه إذا كان عليه دين محيطٌ أو غير محيط، فللغرماء أن يردوا المكاتبة؛ لأن لهم حق الاستيفاء من رقبته، وهو بالمكاتبة أراد إبطال حقهم، فكان لهم أن ينقضوا؛ كما لو باعه وعليه دين محيط أو غير محيط؛ أن البيع ينفذ؛ لكن للغرماء أن ينقضوا إلاَّ إذا [كان][3] قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا، فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكاتبة؛ لأنها وقعت جائزة لوقوعها في الملك، إلا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم، فإذا قضى دينهم فقد زال حقهم، فبقيت جائزة، ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب؛ لأنه بقضاء الدين أصلح مكاتبته، فكان عاملاً لنفسه.

وكذا لو أبى المولى أنْ يؤدي[4] الدين وَأَدَّاه الغلام عاجلاً، مضت المكاتبة؛ لما قلنا،

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: نفس.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: يقضي.

ولا يرجع المولى على[1] العبد بما أدى لما قلنا؛ فإنْ كان المولى أخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك، فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة، لأنه كَسْبُ العبد المديون، وأنه يؤخذ من المولى، والعتق واقعٌ إما من طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى، وإما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط، وهو أداء بدل الكتابة، والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض، فإن بقي من دينهم شيء كان لهم أن يضمنوا المولى قيمته؛ لأنه أبطل حقهم قدر قيمة العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق، وَلَهُمْ أن يبيعوا العبد ببقية دينهم؛ لأنَّ الدَّيْنَ كَانَ ثابتاً في ذمته متعلقاً برقبته، وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة، فَكَانَ لهم أن يبيعوه، ولا يرجع المولى على العبد بما أخذ منه من بدل الكتابة؛ لأن المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين، فَكَانَتْ مكاتبته إياه ـ مع علمه أن الغرماء أحق منه بكسبه ـ دلالة الرضا بما أخذ منه.

ولو كان العبد/ مرهوناً أو مؤاجراً فَكَاتَبَهُ، وقفت المكاتبة على إجازة المرتهن والمستأجر، فإن أجازا جاز، وإن فسخا هل تنفسخ بفسخهما؟ فهو على ما نذكر في [كتاب][2] البيوع والإجارات، إن شاء الله ـ تعالى ـ. ٢/١٩٩ب

وسواء كان المملوك قناً أو غيره، حتى لو كاتب[3] مدبرة أو أم ولد، جازت المكاتبة لقيام الملك؛ إذا التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك، وهما من باب استعجال الحرية، فإن أديا وعتقا فقد مضي الأمر، وإن مَاتَ المولى قبل الأداء عُتقا؛ لأنهما يعتقان بموت السيد، هذا إذا كان يخرجان من الثلث، فإن كانا لا يخرجان من الثلث، فَأمُّ الولدِ تُعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى.

وَأمَّا المدبر فله الخيار في قول أبي حنيفة؛ إن شاء سعى في جميع الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي القيمة إذا كان لا مال له غيره، فإن اختار الكتابة سعى على النجوم، وإنِ اختارَ السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالاً، وعند أبي يوسف ومحمد: لا خيار له، لكن عند أبي يوسف يسعى في الأقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة، وعند محمد: يسعى في الأقل من ثلثي القيمة، وقد ذكرنا المسألة في كتاب الاستيلاد.

ومنها: الرضا، وهو من شرائط الصحة، فلا تصح المكاتبة مع الإكراه والهزل والخطأ؛ لأنها من التصرفات التي تحتمل الفسخ، فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه.

وأما حرية المكاتب فليستْ من شرائط جواز المكاتبة، فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

---

(١) في ط: العبد على المولى.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: كانت.

وكذا إسلامه، فتجوز مُكاتبة الذمي عبده الكافر؛ لقوله ﷺ: «**فَإِذَا قَبِلُوا عَقْدَ الذِّمَةِ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ، وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَىٰ الْمُسْلِمِينَ**»[١] وللمسلمين أَنْ يكاتبوا عبيدهم، فكذا لأهل الذمة؛ ولأن المكاتبة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق، وكل واحد منهما يملكه الذمي حالة الانفراد، وكذا عند الاجتماع، والذمي إذا ابتاع عبداً مسلماً فكاتبه فهو جائزٌ، وهذا فرع أصلنا في شراء الكافر للعبد المسلم؛ أنه جائز إلا أنه يجبر على بيعه صيانةً له عن الاستذلال باستخدام الكافر إياه، والصيانةُ تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبة، وأما مكاتبة المرتد فموقوفة في قول أبي حنيفة، فإن قتل أو مات على الردة أو لحق بدَارِ الحرب، بَطَلَتْ، وَإِن أسلم نفذت، وَعِنْدَهُمَا هي نافذة، وهي من مسائل السير، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

فصل في شروط الركن الراجعة إلى المكاتبة

وأما الذي يرجع إلى المكاتبة فأنواعٌ أيضاً:

منها ألا يكون فيه خطر العدم وقت المكاتبة، وهو شروط الانعقاد، حتى لو كاتب ما في بطن جاريته لم ينعقد؛ لنهي النبي ﷺ عن بيعٍ فيه غررٌ، والمكاتبة فيها معنى البيع.

ومنها: أن يكون عاقلاً، وهو من شرائط الانعقاد؛ حتى لو كاتب [الرجل][٢] عبداً له مجنوناً أو صغيراً لا يعقل، لا تنعقد مكاتبته؛ لأن القبول أحد شطري الركن، وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل؛ لأن ما هو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه، فإن كاتبه فأدى البدل عنه رجل فقبله المولى، لا يعتق؛ لأن العقد[٣] لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد، فكان أداه الأجنبي أداء من غير عقدٍ، فلا يعتق، وله أن يسترد ما أدى، لأنه أداه بدلاً عن العتق ولم يسلم العتق، ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضي المولى، لم يجز أيضاً؛ لأن الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه، ولا يجوز قبول الكتابة من غيره بغير رضاه، وهل يتوقف على إجازة العبد بعد البلوغ، ذكر القدوري أنه لا يتوقف، وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» أنه يتوقف.

والصحيحُ ما ذكره القدوري لأن تصرف الفضولي إنما يتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز وقت التصرفِ، وههنا لا يجيز له وقت وجوده؛ إذ الصغير ليس من أهل الإجازة فلا يتوقف، بخلاف ما إذا كان العبد كبيراً غائباً، فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضي المولى، أن

(١) سيأتي تخريجه في الجزية.
(٢) سقط من ط.
(٣) في ط: العتق.

الكتابة تتوقف على إجازة العبد؛ لأنه من أهل الإجازة وقت قبول الفضولي عنه، فكان له مجيزاً وقت التصرف فتوقف، فلو أدى القابل عن الصغير إلى المولى، ذكر في الأصل أنه يعتق استحساناً بمنزلة قوله: إذا أديت إليَّ كذا فعبدي حُرٌّ، وقال: وهذا والكبير سواءٌ.

والقياسُ أن لا يعتق، لأن المكاتبة على الصغير لم تنعقد، لأنه ليس من أهل القبول فيبقى الأداء بغير مكاتبة، فلا يعتق.

وجه الاستحسان: أنَّ المُكَاتَبَةَ فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق، والمولى إن كان لا يملك إلزام العبد العوض/ يملك تعليق عتقه بالشرط، فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق ٢/ ٢٠٠أ بوجود الشرط؛ وكذا إذا كان العبد كبيراً غائباً فقبل الكتابة عنه فضولي وأداها إلى المولى، يعتق استحساناً، وليس للقابل استرداد المؤدي، والقياس أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا.

هذا إذا أدى الكل، فإن أدى البعض فله أن يسترد قياساً واستحساناً؛ لأنه إنما أدى ليسلم العتق، والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة، فكان له أن يسترد إلاَّ إذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل، فليس له أن يسترد بعد ذلك؛ لأن بالإجازة استند جواز[1] العقد إلى وقت وجوده، والأداء حصل على عقد جائز، فلا يكون له الاسترداد، فلو أن العبد عجز عن أداء الباقي ورد في الرق، فليس له أن يسترد أيضاً، وإن رد العبد في الرق؛ لأن المكاتبة لا تنفسخ بالرد في الرق، بل تنتهي في المستقبل، فكان حكم العقد قائماً في القدر المؤدي، فلا يكون له الاسترداد، بخلاف باب البيع بأن من باع شيئاً ثم تبرع إنسان بأداء الثمن، ثم فسخ البيع بالرد بالعيب أو بوجه من الوجوه ـ أن للمتبرع أن يسترد ما دفع؛ لأن الدفع كان بحكم العقد، وقد انفسخ ذلك العقد.

وكذلك لو تبرع رَجُلٌ بأداء المهر عن الزوج، ثم ورد الطلاق قبل الدخول؛ أنه يسترد منها النصف، لأن الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه، ولو كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها، فَلَهُ أن يسترد منها كل المهر، ولا يكون المهر للزوج، بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح.

هذا كله إذا أَدَّىٰ القابل، فلو امتنع القابل عن الأداء لا يطالب بالأداء إلاَّ إذا ضمن، فحينئذٍ يؤخذ به بحكم الضمان، فَأَمَّا بلوغه، فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء، جازت المكاتبة، ويكون كالكبير في جميع أحكامه عندنا؛ خلافاً للشافعي؛ لأن المكاتبة إذن في التجارة، وإذن الصبي العاقل بالتجارة صحيحٌ عندنا؛ خلافاً له، وهي من مسائل المأذون.

---

(١) في ط: جواب.

فصل فيما يرجع إلى بدل الكتابة

وأما الذي يرجع إلى بدل الكتابة، فمنها أن يكون مالاً، وهو شرط الانعقاد، فلا تنعقد المكاتبة على الميتة والدم، لأنهما ليسا بمال في حق أحدٍ، لا في حقِّ المسلم ولا في حق الذميّ.

ألاَ ترى أن المشتري بهما لا يملك وإن قبض، ولا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وإن أدى، لأن التصرف الباطل لا حكم له، فكان ملحقاً بالعدم إلاَّ إذا كان قال: على أنك إن أديت إلي فأنت حر، فأدى، فإنه يعتق بالشرط، وإذا عتق بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته؛ لأن هذا ليس بمكاتبة إنما هو إعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله: إن دخلت الدار فأنت حر.

ومنها: أن يكون متقوماً، وأنه مِنْ شَرَائط الصحة، فلا تصح مكاتبة المسلم عبده المسلم أو الذمي على الخمر أو الخنزير، ولا مكاتبة الذمي عبده المسلم على الخمر والخنزير؛ لأن الخمر وإن كان مالاً في حق المسلمين، فهي غير متقومة في حقهم، فانعقدت المكاتبة على الفساد، فإن أدَّىٰ يعتق وعليه قيمة نفسه؛ لأن هذا حكم المكاتبة الفاسدة؛ على ما نذكر في بيان حكم المكاتبة[1].

---

(١) إذا كاتبَ الذِّمّيُّ عبدَه المسلمَ: لأنّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ، أو عِتْقٌ بصِفَةٍ، وكِلاهُما يَصِحُّ منه. وإذا تَرافَعا إلى الحاكِم بعدَ الكتابةِ، نَظَرَ في العَقْدِ؛ فإن كان مُوافِقاً للشَّرْعِ، أمْضاهُ، سَواءٌ تَرافَعا قبلَ إسْلامِهما أو بعَده، وإن كانتْ كتابةً فاسِدةً، مثل أن يكونَ العِوَضُ خَمْراً، أو خِنْزيراً، أو غيرَ ذلك من أنْواعِ الفَسادِ، ففيه ثلاثُ مَسائِلَ؛ إحْداها، أن يكونَا قد تَقابَضا حالَ الكُفْرِ، فتكونَ الكِتابةُ ماضِيَةً، والعِتْقُ حاصِلٌ؛ لأنَّ ما تَمَّ في حالِ الكُفْرِ، لا يَنْقُضُه الحاكمُ، ويَحْكُمُ بالعِتْقِ، سَواءٌ تَرافَعا قبلَ الإسْلام أو بعدَه. الثانية تَقابَضَا بعدَ الإسلام، ثم تَرافَعا إلى الحاكِم، فإنَّه يَعْتِقُ أيضاً، لأنَّ هذه كتابةٌ فاسِدةٌ، ويكونُ حكمُها حكمَ الكتابةِ الفاسِدَةِ المَعْقودةِ في الإسْلام. الثالثة، ترافَعا قبل قَبْضِ العِوَضِ الفاسِدِ، أو قَبْضِ بعضِه، فإنَّ الحاكمَ يرْفَعُ هذه الكِتابةَ، ويُبْطِلُها؛ لأنَّها كتابةٌ فاسِدةٌ، لم يَتَّصِلْ بها قَبْضٌ تَنبرِمُ به. ولا فَرْقَ بين إسْلامِهما، أو إسْلام أحَدِهما، فيما ذكرْناه، لأنَّ التَّغْليبَ لحُكْم الإسْلام. وقال أبو حنيفةَ: إذا كاتَبَه على خَمْرٍ، ثم أسْلَما، لم يَفْسُدِ العَقْدُ، ويُؤَدِّي قِيمةَ الخمرِ؛ لأنَّ الكِتابةَ كالنِّكاح، ولو أمْهَرها خَمْراً، ثم أسْلَما، بَطَلَ الخَمْرُ، ولم يَبْطُلِ النِّكاحُ. ولَنا، أنَّ هذا عَقْدٌ لو عَقَدَه المسلمُ كانَ فاسِداً، فإذا أسْلَما قبلَ التَّقابُضِ أو أحَدُهما، حُكِمَ بفَسادِه، كالبَيْعِ الفاسِدِ، ويُفارِقُ النِّكاحَ في أنّه لو عَقَدَه المسلمُ بخَمْرٍ كان صحيحاً، وإن أسْلَمَ مُكاتَبُ الذِّمّيِّ، لم تَنفَسِخِ الكتابةُ؛ لأنَّها وقَعَتْ صحيحةً، ولا يُجْبَرُ على إزالةِ مِلْكِهِ، لأنّه خارجٌ بالكِتابةِ عن تَصَرُّفِ الكافرِ فيه، فإنْ عَجَزَ، أُجْبِرَ على إزالةِ مِلْكِه عنه حِينئذٍ. وإن اشْتَرَى مسلماً، فكاتَبَه، لم تَصِحَّ الكتابةُ، لأنَّ الشِّراء باطِلٌ، ولم يَثْبُتْ له به مِلْكٌ. وإن أسْلَم عبدُه فكاتَبَه بعدَ إسلامِه، لم تَصِحَّ كِتابَتُه؛ لأنّه يلْزَمُه إزالةُ مِلْكِه عنه، والكِتابةُ لا تُزيلُ المِلْكَ، فإنَّ المُكاتَبَ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ. وقال القاضي: له كِتابَتُه؛ لأنّه يخْرُجُ بها عن تَصرُّفِ سَيِّدِه فيه، فإن عَجَزَ، عاد رَقِيقاً قِنّاً، وأُجْبِرَ على إزالةِ مِلْكِه عنه حِينئذٍ.

=

أما الذميُّ فتجوز مكاتبته عبده الكافر على خمرٍ أو خنزير؛ لأن ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا؛ فإن كاتب ذميٌّ عبداً له كافراً على خمرٍ فأسلم أحدُهما، فالمكاتبة ماضية، وعلى العبد قيمة الخمر؛ لأن المكاتبة وقعت صحيحةً؛ لكون الخمر مالاً متقوماً في حقهم، إلاَّ أنه إذا أسلم أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم؛ لأنَّ المسلم منهي عن ذلك،

= وإن كاتَبَ الْحَرْبِيُّ عبدَه، صَحَّتْ كِتابَتُه، سَواءٌ كان في دارِ الحَرْبِ أو دارِ الإسْلام. وبهذا قال الشافِعِيُّ. وقال أبو حنيفةَ: لا يَصِحُّ، لأنَّ مِلْكَه ناقِصٌ. وحكي عن مالكٍ، أنَّه لا يَمْلِكُ، بَدَليلِ أنَّ المُسْلِمَ يَمْلِكُه عليه. ولَنا، قولُ الله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾. وهذه الإضافةُ إليهم تَقْتَضِي صِحّةَ أمْلاكِهِم، فتَقْتَضِي صِحَّةَ تَصَرُّفاتِهِم. فإذا ثَبَتَ هذا، فإذا كاتَبَ عبدَه، ثم دَخَلاَ مُسْتأْمِنَيْن إلينا، لم يَتعَرَّض الحاكمُ لهما، وإن تَرافَعا إليه، نَظَرَ بينهما، فإن كانت كِتابَتُهما صَحِيحةً، أَلْزَمَهُما حُكْمَها، وإن كانتْ فاسِدةً، بَيَّنَ لهما فَسادَها. وإن جاءا، وقد قَهَرَ أحَدُهما صاحِبَه، بَطَلَتِ الكتابةُ، لأنَّ العبدَ إنْ قَهَرَ سَيِّدَه مَلَكَه، فبَطَلَتْ كِتابَتُه؛ لخُرُوجِه عن مِلْكِ سَيِّدِه، وإن قَهَرَه السَّيِّدُ على إبْطالِ الكِتابةِ، ورَدَّه رَقِيقاً، بَطَلَتْ، لأنَّ دارَ الكُفْرِ دارُ قَهْرٍ وإباحةٍ، ولهذا لو قَهَرَ حُرٌّ حُرًّا على نَفْسِه مَلَكَه. وإن دَخَلاَ من غير قَهْرٍ، فَقَهَرَ أحَدُهما الآخَرَ في دارِ الإسْلام، لم تَبْطُلِ الكتابةُ، وكانا على ما كانا عليه قبلَه؛ لأنَّ دارَ الإسْلام دارُ حَظْرٍ، لا يُؤَثِّرُ فيها القَهْرُ إلاَّ بالحَقِّ. وإنْ دخلاَ مُسْتأْمِنَيْنِ، ثم أرادَ الرُّجوعَ إلى دارِ الحربِ، لم يُمْنَعَا. وإن أراد السَّيِّدُ الرُّجوعَ، وأخْذَ المُكاتَبِ معه، فأبَى المُكاتَبُ الرُّجوعَ معه، لم يُجْبَرْ، لأنَّه بالكِتابةِ زال سُلْطانُه عنه، وإنَّما له في ذِمَّتِه حَقٌّ، ومَنْ له دَيْنٌ في ذِمَّةِ غيرِه بحَقٍّ، لا يَمْلِكُ إجْبارَه على السَّفَرِ معه لأجْلِه، ويقال للسَّيِّدِ: إن أرَدْتَ الإقامةَ في دارِ الإسلامِ، لتَسْتَوْفِيَ مالَ الكِتابةِ، فاعْقِدِ الذِّمَّةَ وأقِمْ، إن كانت مُدَّتُها طويلةً، وإن أرَدْتَ تَوْكيلَ مَنْ يَقْبِضُ لك نُجومَ الكتابةِ، فافْعَلْ. فإذا أدَّى نُجومَ الكتابةِ، عَتَقَ، ثم هو مُخَيَّرٌ؛ إن أحَبَّ المُقامَ في دارِ الإسلامِ، عَقَدَ على نَفْسِهِ الذِّمَّةَ، وإن أحَبَّ الرُّجوعَ، لم يُمْنَعْ. وإن عَجَزَ، وفَسَخَ السَّيِّدُ كِتَابتَه، عاد رَقِيقاً، ويُرَدُّ إلى سَيِّدِه، والأمانُ له باقٍ؛ لأنَّه مِن مالِ سَيِّدِه، وسَيِّدُه عَقَدَ الأمانَ لنفسِه ومالِه، فإذا انْتَقَضَ الأمانُ في نَفْسِه، بعَوْدِه، لم ينْتَقِضْ في مالِه. وإن كاتَبَه في دارِ الحربِ، فهَرَبَ، ودَخَلَ إلينا، بَطَلَتِ الكتابةُ؛ لأنَّ مِلْكَه زال عنه بقَهْرِه على نفسِه، فأشْبَهَ ما لو قَهَرَه على غيرِه من مالِه. وسَواءٌ جاءَنا مُسْلِماً أو غيرَ مسلم. وإن جاءنا بإذْنِ سَيِّدِه، فالكِتابةُ بحالِها، لأنَّه لم يَقْهَرْ سَيِّدَه، فإذا دخَلَ إلينا بأمانٍ بإذْنِ سَيِّدِه، ثم سَبَى المسلمون سَيِّدَه وقُتِلَ، انتقَلتِ الكِتابةُ إلى وَرَثَتِه، كما لو مات حَتْفَ أنْفِه، وإن مَنَّ عليه الإمامُ، أو فاداهُ، أو هَرَبَ، فالكِتابةُ بحالِها، وإن اسْتَرَقَّه الإمامُ، فالمُكاتَبُ مَوْقُوفٌ، إن عَتَقَ سَيِّدُه، فالكِتابةُ بحالِها، وإن مات أو قُتِلَ، فالمُكاتَبُ للمسلمينَ، مُبْقًى على ما بَقِيَ مِن كِتابَتِه، يَعتِقُ بأدائِه إليهم، ووَلاؤُه لهم، وإن عَجزَ، فهو رَقِيقٌ لهم. وإنْ أراد المُكاتَبُ الأداءَ قبلَ عِتْقِ سَيِّدِه ومَوْتِه، أدَّى إلى الحاكِمِ، أو إلى أمِينِه، وكان المالُ المقْبُوضُ مَوْقُوفاً، على ما ذكرْناه، ويَعْتِقُ المكاتَبُ بالأداءِ، وسَيِّدُه رَقِيقٌ، لا يَثْبُتُ له وَلاءٌ. قال أبو بكر: يكونُ الوِلاءُ للمسلمينَ. وقال القاضي: يكونُ مَوْقُوفاً، فإن عَتَقَ سَيِّدُه، فهو له، وإن مات على رِقِّه، فهو للمسلمينَ. وإنْ كان اسْتِرقاقُ سَيِّدِه بعدَ عِتْقِ المُكاتَبِ، وثُبُوتِ الولاَءِ عليه، فقال القاضي: يكونُ وَلاؤُه مَوْقوفاً، فإن عَتَقَ السَّيِّدُ، كان الولاءُ له، وإن قُتِلَ أو مات على رِقِّه، بَطَلَ الوَلاءُ؛ لأنَّه رَقِيقٌ، لا يُورَثُ، فيَبْطُلُ الوَلاءُ، لعَدَمِ مُسْتَحِقِّه. ويَنْبَغِي أن يكونَ للمسلمينَ؛ لأنَّ مالَ مَنْ لا وارِثَ له للمسلمينَ، فكذلك الوَلاءُ.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٤٥ ـ ٤٤٨).

فتجب قيمتها ولا ينفسخ العقد، بخلاف ما إذا اشترى الذمي من ذميٍّ شيئاً بخمر ثم أسلم أحدُهما قبل قبض الثمن الخمر؛ أن البيع يبطل، وها هنا لا تبطل المكاتبة، لأن عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة؛ نظراً للعبيد، إيصالاً لهم إلى شرف الحرية، فلا ينفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسلمه، بل يصار إلى بدله، فَأمَّا البيع فعقد مماكسة ومضايقة، لا تجري فيه من السهولة ما يجري في المكاتبة، فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى وترتفع؛ وإذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب.

ومنها: أن يكون معلوم النوع والقدر، وسواء كان معلوم الصفة أو لا وهو من شرائط الانعقاد، فإن كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد، وإن كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة.

والأصلُ أنَّ الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبة، وإلاَّ فلا، وجهالة النوع والقدر جهالة فاحشة، وجهالة/ الصفة غير فاحشة، فإنه روي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه أجاز المكاتبة على الوصفاء بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فيكون إجماعاً على الجواز، والإجماع على الجواز إجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة في باب الكتابة. ٢/ ٢٠٠ب

وبيان هذا الأصل في مسائل: إذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم تنعقد حتى لا يعتق، وإن أدى؛ لأن الثوب والدار والحيوان مجهول النوع؛ لاختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافاً متفاحشاً.

وكذا الدور تجري مجرى الأجناس المختلفة؛ لتفاحش التفاوت بين دار ودار في الهيئة والتقطيع وفي القيمة باختلاف المواضع من البلدان والمحال والسكك، ولهذا منعت هذه الجهالة صحة التسمية والإعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فصارت هذه الأشياء لكثرة التفاوت في أنواعها وأشخاصها بمنزلة الأجناس المختلفة، فيصير فيصير كأنه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فأدى طعاماً، ولو كان كذلك [فكذا هٰهنا][1] لا يعتق.

وإن أدى على الثياب والدواب والدور، بخلاف ما إذا كاتبه على قيمة فأدى القيمة أنه يعتق؛ لأن التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما مجلسين، فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطلة له، وإن كاتبه على ثوب هروي أو عبد أو جارية أو فرس جازت المكاتبة، لأن الجهالة هٰهنا جهالة الوصف أنه جيد أو رديء أو وسط، وأنها لا تمنع صحة التسمية؛ كما في النكاح والخلع.

(١) سقط من ط.

والأصل أن الحيوان يثبت ديناً في الذمة في مبادلة المال بغير المال؛ كما في النكاح ونحوه، فتصح التسمية ويقع في الوسط؛ كما في باب الزكاة والدية والنكاح؛ وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط، ولو جاء العبد بقيمة الوسط في هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما في النكاح والخلع ونحوهما.

ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد؛ لأن الجهالة متفاحشة، ولو كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف، يجوز، وعليه الوسط من جنسه؛ لأنه ثبت ديناً في الذمة في مبادلة المال بالمال إذا كان موصوفاً، ويثبت في مبادلة ما ليس بمالٍ بمال، وإن لم يكن موصوفاً؛ كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والإعتاق على مال والمكاتبة معاوضة ما ليس بمال بمال في جانب المولى، فتجوز المكاتبة عليه ويجب الوسط.

ولو كاتبه على حكمه أو على حكم نفسه لم تنعقد؛ لأن الجهالة هٰهنا أفحش من جهالة النوع والقدر، لأن البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل هٰهنا رأساً، فكانت الجهالة [هٰهنا][1] أكثر، وإلىٰ هذا أشار في الأصل، فقال: أرأيت لو حكم المولى عليه بملء الأرض ذهباً كان يلزمه؟ أو حكم العبد على نفسه بفلسٍ، هل كان يلزمه[2]؟ فلم ينعقد العقد أصلاً فلا يعتق بالحكم، وإن كاتبه على ألف درهم إلى العطاء أو إلى الدياس أو إلى الحصاد أو نحو ذلك مما يُعرف من الأجل، جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز؛ لأن الأجل مجهول، وجهالةُ الأجل تبطل البيع، فتبطل المكاتبة.

وجه الاستحسان أنَّ الجَهَالَةَ لم تدخل في صلب العقد؛ لأنها لا ترجع إلى البدل، وإنما دخلت في أمر زائد، ثم هي غير متفاحشة، فلا توجب فساد المكاتبة كجهالة الوصف؛ بخلاف البيع إلى هذه الأوقات أنه يفسد؛ لأن الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها، بل لإفضائها إلى المنازعة، والمنازعة قل ما تجري في هذا القدر في المكاتبة؛ لأن مبناها على المسامحة؛ بخلاف البيع؛ فإن مبناه على المماكسة فيفضي إلى المنازعة، ولهذا جازت الكفالة إلى هذه الأوقات ولم يجز تأجيل الثمن إليها في البيع؛ بخلاف المكاتبة إلى مجيء المطر وهبوب الريح؛ لأنه ليس لذلك وقت معلوم، ففحشت الجهالة، فإن كَاتَبَهُ إلى العطاء فأخر العطاء، فإن الأجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطاء، لأن المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء؛ وكذا في الحصاد والدياس.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: يعتق.

ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبة فاسدة، لأن القيمة تختلف بتقويم المقومين، فكان البدل مجهول القدر، وأنه مجهول جهالة فاحشة، ولهذا منعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل إلى مهر المثل، فتمنع صحة المكاتبة، بل أولى؛ لأن النكاح يجوز بدون تسمية البدل، ولا جواز للمكاتبة من غير تسمية البدل، فلما لم تصح تسمية القيمة هناك، فلأن لا تصح هٰهنا أولى؛ ولأن جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد، فكان ذكرها نَصّاً على الفساد؛ بخلاف ما إذا/ ٢/٢٠١أ كاتبه على عبد، لأن جهالة العبد جهالةُ الوصف، أي: جيد، ورديء، أو وسط، فعند الإطلاق يقع على الوسط، والوسط معلوم عندهم.

ألا ترى أن أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أربعين ديناراً، فأما المكاتبة على القيمة فليست بمكاتبة على بدل معلوم عند الناس عن إطلاق الاسم، فصار كما لو كاتبه على ألف أو على ألفين غير أنه إذا أدى القيمة عُتق؛ لأن العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا؛ كالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول، حتى يثبت الملك في البيع وتجب العدة والعقر ويثبت النسب في النكاح؛ وكذا المكاتبة الفاسدة.

ولو قال: كاتبتك على دراهم فالمكاتبة باطلةٌ، وَلَوْ أَدَّىٰ ثلاثة دراهم لا يعتق؛ لأن البدل مجهول جهالة متفاحشة، وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم؛ بخلاف ما إذا قال: أعتقتك على درهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه؛ لأن العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة، فلزمه قيمة نفسه، ولو كاتبه على أن يخدمه شهراً فهو جائز استحساناً، والقياس ألا يجوز.

وجه القياس أن الخدمة مجهولة لأنها مختلفة، ولا يدري في أي شيء يستخدمه وأنه يستخدمه في الحضر أو في السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة.

وجه الاستحسان: أن الخدمة المطلقة تنصرف إلى الخدمة المعهودة، فتصير معلومة بالعادة، وبحال المولى أنه في أي شيء يستخدمه، وبحال العبد أنه لأي شيء يصلح، فصار كما لو عينها نصاً، ولهذا جازت الإجارة على هذا الوجه، فالمكاتبة أولى لأنها أقبل للجهالة من الإجارة.

ولو كاتبه على أن يخدم رجلاً شهراً، فهو جائز في القياس؛ كذا ذكره في الأصل، ولم يرد به قياس الأصل؛ لأن ذلك يقتضي أن لا يجوز لما ذكرنا، وإنما أراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا، ويجوز القياس على موضع الاستحسان إذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى؛ كقياس الجماع ناسياً على قياس الأكل والشرب ناسياً؛ ولأن المنافع أموال في العقود وأنها تصير معلومة بذكر المدة، فلا فرق بين أن يستأجر رجلاً ليخدمه أو ليخدم

غيره[١].

وكذلك لو كاتبه على أن يحفر بئراً قد سمى له طولها وعمقها ومكانها، أو على يبني له داراً وأراه آجرها وجصها وما يبني بها؛ لأنه كاتبه على بدل معلوم؛ ألا ترى أن الإجارة عليه جائزة، فالكتابة أولى، ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت، فالكتابة فاسدة؛ لأن البدل مجهول.

ومنها: أن لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد، حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يجز؛ لأنه يكون مكاتبة بغير بدل في الحقيقة[٢] فلا يجوز كما إذا باع داره

= تَصِحُّ الكِتابةُ على خِدْمةٍ ومَنْفعةٍ مُباحةٍ؛ لأنَّها أَحَدُ العِوَضَيْنِ في الإِجارَةِ، فجاز أن تكونَ عِوَضاً في الكتابةِ، كالأثمانِ. ويُشْتَرَطُ العِلْمُ بها، كما يُشْتَرَطُ في الإجارةِ، فإن كاتَبَه على خِدْمةِ شَهْرٍ ودِينارٍ، صَحَّ، ولا يحتاجُ إلى ذِكْرِ الشهرِ، وكَوْنِه عَقِيبَ العَقْدِ؛ لأنَّ إطْلاقَه يَقْتَضِي ذلك، وإن عَيَّنَ الشهرَ لوقتٍ لا يَتَّصِلُ بالعَقْدِ، مثل أنْ يُكاتِبَه في المُحَرَّمِ على خِدْمَتِه في رَجَبٍ ودينارٍ، صَحَّ أيضاً، كما يجوز أن يُؤْجِرَه دارَه شَهر رَجَبٍ في المحرَّم. وقال أصحابُ الشافعيِّ: لا يجوزُ على شهرٍ لا يَتَّصِلُ بالعَقْدِ. ويَشْتَرِطُون ذِكْرَ ذلك، ولا يُجَوِّزُونَ إطْلاقَه؛ بناءً على قولِهم في الإجارةِ. وقد سَبَقَ ذكرُ الخِلافِ فيه، في بابِ الإِجَارةِ. ويُشْتَرطُ كونُ الدِّينارِ المذكورِ مُؤَجَّلاً؛ لأنَّ الأجَلَ شَرْطٌ في عَقْدِ الكِتابةِ. فإن جَعَلَ مَحَلَّ الدينارِ بعدَ الشَّهْرِ بيَوْمٍ أو أكثر، صَحَّ. بغير خلافٍ نَعْلَمُه. وإن جَعَلَ محلَّه في الشهرِ، أو بعدَ انْقِضائِه، صَحّ أيضاً. وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشافعيِّ. وقال القاضي: لا يَصِحُّ، لأنَّه يكونُ نَجْماً واحداً. وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الخِدْمةَ كلَّها لا تكونُ في وقتِ مَحَلِّ الدِّينارِ، وإنَّما يُوجَدُ جزءٌ منها يَسِيرٌ مُقارِباً له، وسائِرُها فيما سِوَاه، ولأنَّ الخِدْمةَ بمَنْزِلةِ العِوَضِ الحاصلِ في ابْتداءِ مُدَّتِها، ولهذا يَسْتَحِقُّ عِوَضَها جَمِيعَه عندَ العَقْدِ فيكون مَحَلُّها غيرَ مَحَلِّ الدِّينارِ، وإنَّما جازَتْ حالَّةً؛ لأنَّ المَنْعَ من الحُلُولِ في غيرِها لأجْلِ العَجْزِ عنه في الحالِ، وهذا غيرُ مَوْجُودٍ في الخِدْمة، فجازَتْ حالَّةً. وإن جَعَلَ محلَّ الدِّينارِ قبلَ الخدمةِ، وكانت الخِدْمةُ غيرَ مُتَّصِلةٍ بالعَقْدِ، بحيث يكونُ الدِّينارُ مُؤَجَّلاً، والخِدْمةُ بعدَه، جاز. وإن كانت الخِدْمةُ مُتَّصِلةً بالعقدِ، لم يُتَصَوَّرْ كَوْنُ الدِّينارِ قبلَه، ولم تَجُزْ في أوَّلِه، لأنَّه يكونُ حالاً، ومن شَرْطِه التَّأْجِيلُ.

وإن كاتَبَه على خِدْمةٍ مُفْرَدةٍ، في مُدَّةٍ واحدةٍ، مثل أنْ يُكاتِبَه على خِدْمةِ شهرٍ مُعَيَّنٍ، أو سَنَةٍ مُعَيَّنَةٍ، فحكمُه حكمُ الكِتابةِ على نَجْمٍ واحدٍ، على ما مَضَى من القولِ فيه. ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ كالكِتابةِ على أنْجُمٍ، لأنَّ الخِدْمةَ تُسْتَوْفَى في أوْقاتٍ مُتفرِّقةٍ، بخلافِ المالِ. فإن جَعَلَه على شهرٍ بعدَ شهرٍ، كأنْ كاتَبَه في أوَّلِ المحرَّمِ، على خِدْمةٍ فيه، وفي رَجَبٍ، صَحَّ؛ لأنَّه على نَجْمَيْنِ. وإن كاتَبَه على مَنْفَعةٍ في الذِّمَّةِ مَعْلُومةٍ، كخِياطَةِ ثِيابٍ عَيَّنَها، أو بناء حائطٍ وَصَفَه، صَحَّ أيضاً، إذا كاتَبَه على نَجْمَيْنِ. وإن قال: كاتَبْتُكَ على أن تَخْدِمَنِي هذا الشهرَ، وخِياطةِ كذا عَقِيبَ الشهرِ. صَحَّ. في قولِ الجميعِ. وإن قال: على أن تَخْدِمَنِي شهراً من وَقْتِي هذا، وشهراً عَقِيب هذا الشهرِ صَحَّ أيضاً. وعندَ الشافعيِّ، لا يَصِحُّ. ولَنا، أنَّه كاتَبَه على نَجْمَيْنِ، فصَحَّ، كالتي قبلَها.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٥٥ ـ ٤٥٧).

(١) في ط: الحقية.

من إنسان بعبد هو لصاحب الدار أنه لا يجوز البيع؛ لأنه يكون بيعاً بغير ثمن في الحقيقة؛ كذا هذا.

وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبة؛ لأن ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى، فلم يجز.

وأما كون البدل ديناً[1]، فهل هو شرط جواز الكتابة؛ بأن كاتبه على شيء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين، وهو ليس من أعيان مال المولى، ولا كسب العبد، ولكنه ملك أجنبي وهو معين مشار إليه ـ ذكر في «كتاب المكاتب» إذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يجز، ولم يذكر الخلاف، وذكر في «كتاب الشرب» إذا كاتبه على أرض [بعينها][2] لرجل جاز، ولم يذكر الخلاف؛ وذكر ابن سماعة الخلاف فقال: لا يجوز عند أبي حنيفة، ويجوز عند أبي يوسف، وعند محمد إن أجاز صاحبه جاز وإلا لم يجز، وإطلاق رواية «كتاب المكاتب» يقتضي أن لا يجوز، أجاز أو لم يجز، وإطلاق رواية «كتاب الشرب» يقتضي الجواز، أجاز أو لم يجز، ولأنه لما جاز عند عدم الإجازة فعند الإجازة أولى، ويجوز أن يكون قول محمد تفسيراً للروايتين المبهمتين، فتحمل رواية «كتاب المكاتب» على حال عدم الإجازة.

ورواية «كتاب الشرب» على حال الإجازة، وجه رواية «كتاب المكاتب» أنه كاتبه على مال لا يملك؛ لأنه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز، وبه علل في الأصل فقال: لأنه كاتبه على مَا لاَ يملك؛ لأنه كاتبه على ملك الغير، وشرح هذا التعليل أن المكاتبة عقد وضع لإكساب المال، والعبد لا يقدر على إكساب هذا العين لا محالة، لأن مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه، فلا يحصل ما وضع له العقد، ولأنا لو قضينا بصحة هذه المكاتبة لفسدت من حيث تصح، لأنه إذا كاتبه على عبد [معين][3] هو ملك الغير، ولم يجز المالك، فقد تعذر عليه التسليم، فكان موجبها وجوب قيمة العبد، فيصير كأنه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصح، وما كان في تصحيحه إفساده فيقتضي بفساده من الأصل، أو يقال إذا تعذر عليه/ التسليم، فإما أن تجب عليه قيمة العبد أو قيمة نفسه، وكل ذلك فاسدٌ. ٢/٢٠١ب

وجه رواية «كتاب الشرب» وهو المروي عن أبي يوسف أيضاً أن المكاتبة في معنى الإعتاق على مال، ثم لو أعتق عبده على عبد بعينه لرجل فقبل العبد، جاز.

وجه ما روي عن محمد من التوقف على الإجازة أن هذا عقد له مجيز حال وقوعه،

---

(١) في أ: غير عين.
(٢) سقط من ط.
(٣) سقط من ط.

فيتوقف على الإجازة كالمبيع؛ وكذلك كلما عينه على مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون؛ لأن هذه الأشياء كلها تتعين في العقود بالتعيين، فكانت كالعبد.

ولو قال: كاتبتك على ألف فلان هذه، جازت المكاتبة؛ لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات، فيقع العقد على مثلها في الذمة لا على عينها، فيجوز، وإن أدى غيرها عتق؛ لأن المكاتبة وقعت على ما في الذمة، وسواء كان البدل قليلاً أو كثيراً؛ لأن دلائل جواز المكاتبة لا يفصل بين القليل والكثير، وسواء كان مؤجلاً أو غير مؤجل عندنا، وعند الشافعي لا يجوز إلا مؤجلاً وهو على قلب الاختلاف في السلم أنه لا يجوز إلاّ مؤجلاً عندنا، وعنده يجوز مؤجلاً وغير مؤجلٍ، فالحاصل أنه لا خلاف في جواز المكاتبة على بدل مؤجل.

واختلف في الجواز على بدل غير مؤجل، قال أصحابنا يجوز، وقال الشافعي لا يجوز إلاّ مؤجلاً منجماً بنجمين فصاعداً.

وجه قوله: إن العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد؛ لأنه معسر[1] لا مال له، والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده بدليل أنه لو طرأ على العقد يرفعه، فإذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الأولى، لأن المنع أسهل من الرفع؛ وكذا مأخذ الاسم بدل على ما قلنا، فإنَّ الكتابةَ مأخوذةٌ من الكتاب، والكتاب يذكر بمعنى الأجل؛ قال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ إلاَّ وَلَهَا كِتَابٌ مَعْلُومٌ﴾ [الحجر:٤] أي: أجل لا يتقدم ولا يتأخر، فسمي هذا عقد كتابة لكون البدل فيه مؤجلاً، ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب؛ سمي العقد لأن البدل يكتب في الديوان، والحاجة إلى الكتابة للمؤجل لا للحال، فكان الأجل فيه شرطاً؛ كالمسلم لما كان مأخوذاً من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطاً لجواز السلم، وكذا الصرف لما كان ينبىء عن نقل البدل من يد إلى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطاً؛ كذا هذا.

ولنا قوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾ [النور:٣٣] من غير فصل بين الحال والمؤجل، ولأن بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل القبض فلا يشترط فيه التأجيل كسائر الديون؛ بخلاف بدل الصرف والسلم.

وأما قوله إن العبد عاجز عن تسليم البدل عن العقد، فمسلَّم، لكن الأداء يكون بعد العقد، ويحتمل حدوث القدرة بعده بأنه يكتب مالاً بقبول هبة أو صدقة، فيؤدي بدل الكتابة.

وأما مأخذ الاسم، فالكتابة تحتمل معان يقال: كتب، أي: أوجب قال الله ـ تعالى ـ:

---

(١) في أ: فقير.

﴿كَتَبَ عَلَىٰ نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ﴾ [الأنعام:١٢] و [يقال:][1] كتب أي ثبت؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿كَتَبَ فِي قُلُوبِهِمُ الإِيمَانَ﴾ [المجادلة:٢٢]، وكتب، أي: حكم وقضى؛ قال الله ـ تعالى ـ: ﴿كَتَبَ اللَّهُ لأَغْلِبَنَّ أَنَا وَرُسُلِي﴾ [المجادلة:٢١] وشيء من هذه المعاني لا ينبيء عن التأجيل، ثم إذا كانت المكاتبة حالة فإن أدى البدل حين طالبه المولى بها وإلاً يرد في الرق، سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشرط؛ بأن قال له: إن لم تؤدها إلى حال فأنت رقيق، أو لم يقل لأنه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول، فلم يكن راضياً بدون تلك الصفة؛ وكذلك إذا كانت منجمة بنجوم معلومة فعجز عن أداء[2] نجم منها، يرد إلى الرق في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان.

احتج أبو يوسف بما روي عن علي ـ رضي الله عنه ـ أنه قال المكاتب إذا توالى عليه نجمان: رُدَّ في الرق[3]، فقد شرط حلول نجمين للرد في الرق، ولأن العجز لا يتحقق إلا عند حلول نجمين لجواز أن يقرضه إنسان أو يحصل له مال من موضع آخر فيؤدي، فإذا اجتمع عليه مَالُ نجمين تحقق عجزه.

ولهما ما روي عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أنه كاتب عبداً له فعجز عن نجم واحدٍ، فرده إلى الرق[4]، والظاهر أن ذلك كان على علم من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ولم ينقل أنه أنكر عليه أحَدٌ، فيكون إجماعاً؛ ولأن المولى شرط عليه في كل نجم قدراً من المال، وأنه شَرْطٌ معتبر مفيد من شرائط الكتابة، فكان له أن يرده إلى الرق عند فواته؛ كما لو عجز عن نجمين.

وأما احتجاجه بقول علي ـ رضي الله عنه ـ فغيرُ سديدٍ؛ لأنه احتجاج بالمسكوت؛ لأن فيه أنه إذا توالى عليه نجمان يرد إلى الرق، وليس فيه أنه إذا كسر نجماً واحداً ماذا حكمه أو يحمل على الندب، وبه نقول إن المكاتب إذا كسر نجماً يندب مولاه إلى أن يرده إلى الرق/ ، ٢/٢٠٢أ ما لم يتوالى عليه نجمان؛ رفقاً به ونظراً، فإن عجز عن نجمين على أصله أو عن نجم على أصلهما، فإن كان له مال حاضر أو غائب مرجو حضوره؛ بأن قال: لي مال على إنسان، أو حال يجيء في القافلة، فإن القاضي ينتظر فيه يومين أو ثلاثة استحساناً؛ لأن هذا القدر من التأخير ما لا ضرر فيه على المولى، وفيه رجاء وصول كل واحد منهما إلى حقه، فيفعل القاضي ذلك عند رجاء الوصول.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: أول.
(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٤٢) كتاب العتق: باب عجز المكاتب.
(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٤٢) كتاب العتق: باب عجز المكاتب.

ولو اختلف المولى والمكاتب في قدر البدل أو جنسه؛ بأن قال المولى كاتبتك على ألفين، أو على الدنانير، وقال العبد كاتبتني على ألف أو على الدراهم، فالقولُ قول المكاتب في قول أبي حنيفة الآخر، سواء كان قَدْ أدَّىٰ عن بدل الكتابة شيئاً أو كان لم يؤد، وكان يقول يتحالفان ويترادان كالبيع؛ لأن في المكاتبة معنى المبادلة، ثم رجع وقال: القولُ قولُ المكاتب، لأنه المستحق عليه؛ ومتى وقع الاختلاف في قدر المستحق أو جنسه فالقولُ قولُ المستحق عليه في الشرع؛ كما في سائر الديون؛ ولأن القياس يمنع التحالف لما نذكر في «كتاب البيوع»، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

إلاً أنَّ الشرع ورد بخلاف القياس في البيع وأنه مبادلة المال بالمال مطلقاً، والكتابة بخلافه، فلم تكن في معنى البيع، فلا يقاس عليه، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل فيما يرجع إلى نفس الركن

وأما الذي يرجع إلى نفس الركن من شرائط الصحة: فخلوه عن شرط فاسدٍ، وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل في صلب العقد من البدل، فإن لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد، وإن خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً؛ وإنما كان كذلك لأن عقد الكتابة في جانب المعقود عليه وهو العبد بمنزلة الإعتاق لما فيه من فك الحجر وإسقاطه والإعتاق مما لا يبطله الشروط الفاسدة، وفيما يرجع إلى البدل وجانب المولى بمنزلة البيع؛ لأن المولى عقد عقداً يؤول إلى زوال ملكه عنه، فكان كالبيع، والبيع مما يفسده الشروط الفاسدة؛ لنهي النبي ﷺ عن بيع وشرطٍ، فيجعل من الشروط الداخلة في صلب العقد كالبيع، فيعمل في الشرط الفاسد، وفيما لا يدخل في صلب العقد من الشروط يجعل كالإعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد؛ عملاً بالمعنيين جميعاً بقدر الإمكان.

وعلى هذا مسائل: إذا كاتب جارية على ألف درهم على أنْ يطأها ما دامت مكاتبة أو على أن يطأها مرة، فالكتابة فاسدةٌ؛ لأنه شرط فاسد لكونه مخالفاً مقتضى العقد، لأن عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء، وأنه دخل في صلب العقد لدخوله في البدل؛ حيث جعل بدل الكتابة بألف درهم ووطئها ففسدت المكاتبة.

ولو كاتبه على ألف درهم على ألا تخرج من المصر، أو على أن لا يسافر فالشرط فاسدٌ؛ لأنه يخالف مقتضى العقد، لأن العقد يقتضي انفكاك الحجر وانفتاح طريق الإطلاق له إلى أيِّ بلدٍ ومكانٍ شاء، فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة؛ لأنه شرطٌ لا يرجع إلى صلب العقد، ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه، فلو أنها أدت الألف في المسألة الأولى عتقت في قول عامة العلماء.

وقال بشر بن غياث المريسي: لا تعتق، وجه قوله إن المولى جعل شرط العتق شيئين: الألف ووطأها، والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما؛ كما إذا كاتبها على ألفٍ ورطلٍ من خمرٍ، فأدت الألف دون الخمر.

ولنا أن الوطء لا يصلح عوضاً في المكاتبة، فلا يتعلق العتق به، فألحق ذكره بالعدم بخلاف الخمر، فإنه يصلح عوضاً في الجملة لكونه مالاً مقدور التسليم، فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بأدائها ثم إذا أدت فعتقت ينظر إلى قيمتها، فإن كانت قيمتها ألف درهم، فلا شيء للمولى عليها ولا لها على المولى؛ لأنها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسدٍ، والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمونٌ، لأنه يجب عليه رده وهو عاجزٌ عن رد عينه، فيرد القيمة لقيامها مقام العين؛ كذا هٰهنا وجب عليها رد نفسها، وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهي ألف درهم، وقد وصل بتمامه إلى المولى، فلا يكون لأحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيلٌ؛ كما لو باع رجل من آخر عبده بألف درهم ورطل من خمر، وقبض البائع الألف وسلم العبد إلى المشتري وهلك في يده، لا يرجع أحدهما على صاحبه لوصول ما يستحقه البائع على المشتري إليه، فكذا هٰهنا.

وإن كانت قيمة الجارية أكثر من ألف، رجع المولى عليها بما زاد على الألف؛ لأنها مضمونة بكمال قيمتها وما أدت إليه كمال قيمتها، فيرجع عليها، وصار هذا/ كما إذا باع عبده من ذمي[1] بألف رطل من خمر، وقبض الألف وسلم العبد وهلك في يد المشتري، وقيمته أكثر من ألف ـ أنه يرجع بما زاد لما قلنا؛ كذا هذا.

٢/٢٠٢ب

وَإِنْ كانت قيمة المكاتبة أقل من الألف وأدت الألف وعتقت، هل ترجع على المولى بما أخذ من الزيادة على قيمتها؟

قال أصحابنا الثلاثة: ليس لها أن ترجع، وقال زفر: لها أن ترجع بالزيادة على المولى.

وجه قوله إن المولى أخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها، فكانت الزيادة مأخوذة بغير حق فيجب ردها؛ كما في البيع الفاسد إذا استهلك المشتري المبيع أنه إن كانت قيمته أكثر من الثمن، يرجع البائع على المشتري بالزيادة، وإن كانت قيمته أقل يرجع المشتري على البائع بفضل الثمن؛ كذا هٰهنا.

ولنا: أنها لو رجعت عليه لأدى إلى إبطال العتق؛ لأنها عتقت بأداء المكاتبة[2]، فلو لم يسلم المؤدي للمولى لا يسلم العتق للمكاتبة والعتق سالم لها فيسلم المؤدي للمولى؛ لأن عقد

---

(١) في أ: آخر.

(٢) في ط: الكاتبة.

المكاتبة مشتمل على المعاوضة وعلى التعليق، واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة، واعتبار معنى التعليق لا يوجب لها حق الرجوع؛ كما لو قال لها: إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حرة، فأدت ألفاً وخمسمائة، وقيمتها ألف، عتقت ولا ترجع عليه بشيء، فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك، وكذا لو كاتبها وهي حامل على ألف؛ أن ما في بطنها من ولد فهو له وليس في المكاتبة، أو كاتب أمة على ألف درهم على أن كل ولد تلده فهو للسيد، فالمكاتبة فاسدة؛ لأنه شرط شرطاً مخالفاً لموجب العقد؛ لأن موجبه أن يكون كل ولد تلده يكون مكاتباً تبعاً لها، فكان هذا شرطاً فاسداً، وأنه داخل في صلب العقد لأنه يرجع إلى البدل فيوجب فساد العقد، وإن أدت الألف عتقت لما قلنا، ثم إذا عتقت ينظر إلى قيمتها وإلى المؤدي على ما ذكرنا.

وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى أن يخدمه، ولم يبين مقدار الخدمة، فأدى الألف، عتق لما قلنا، ثم ينظر إلى قيمته وإلى الألف على ما وصفنا.

ولو كاتبه على ألف منجمة على أنه إن عجز عن نجم منها فمكاتبته ألْفَا درهم، لم تجز هذه المكاتبة لتمكن العذر في البدل؛ لأنه لا يدري أنه يعجز أو لا يعجز، ويمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد، ولنهي النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة، وهذا كذلك.

ولو كاتبه على ألف يؤديها إلى غريم له جائز؛ وكذا إذا كاتبه على ألف يضمنها لرجل عن سيده، فالمكاتبة والضمان جائزان بخلاف البيع إذا باع عبداً بألف درهم يؤديها إلى فلان، أو على أن يضمنها المشتري عن البائع لفلان، أن البيع فاسدٌ؛ لأن البيع يفسد بالشرط الفاسد، وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد، والكتابة لا تفسد بالشروط الفاسدة إذا لم تكن [داخلة][1] في صلب العقد، كما لو كاتبه على ألف على ألا يخرج من المصر أو لا يسافر إلا أن هناك شرط الضمان باطل وهٰهنا جائز، لأن ضمان المكاتب عن سيده وكفالته عنه بما عليه مقيداً جائز؛ لأن ذلك واجب عليه، فلا يكون متبرعاً في الضمان، وضمان المكاتب عن الأجنبي إنما لا يصح لكونه متبرعاً ولم يوجد، فإن كاتبه على ألف درهم منجمة على أن يؤدي إليه مع كل نجم ثوباً وسمى نوعه، جاز؛ لأن مكاتبته على بدل معلوم حيث سمى نوع الثوب فصار الألف مع الثوب بدلاً كاملاً وكل واحد منهما معلوم؛ ألا ترى أن كل واحد منهما لو انفرد في العقد جاز، وكذا إذا جمع بينهما، وقد قال أصحابنا أنه لو ذكر مثل ذلك في البيع جاز؛ بأن يقول: بعتك هذا العبد بألف درهم على أن تعطيني معه مائة دينار وتصير الألف والمائة دينار ثمناً لما قلنا؛ كذا هٰهنا.

---

(١) سقط من ط.

وكذلك إذا قال: عَلَيَّ أن تعطيني مع كل نجم عشرة دراهم، وكذلك لو قال: على أن تؤدي مع مكاتبتك ألف درهم؛ لأن الكل صار بدلاً في العقد.

ولو كاتبه على ألف درهم؛ وهي قيمته؛ على أنه أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى، جاز، وكان الأمر على ما قاله إذا أدى الألف عتق، وعليه ألف أخرى بعد العتق؛ لأنه لو جعل الألفين جميعاً بدل الكتابة لجاز، ولو جعلهما جميعاً بعد العتق لجاز؛ كذا إذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده؛ اعتباراً للجزء بالكل، وإن كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله، يعني أن يكون المكاتب أحق بنفسه وماله، فهو جَائِزٌ.

وَإن كان للعبد ألف أو أكثر ولا يدخل بينه وبين عبده رباً؛ كذا ذكر في الأصل، وفرق بينه وبين البيع/ إذا باع عبده مع ماله بألف درهم ومال العبد ألف درهم؛ أنه لا يجوز البيع؛ ٢/٢٠٣أ لأن الألف يقابل الألف فيبقى العبد زيادة في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون رباً، ولا يتحقق الربا هٰهنا، لأن الربا لا يجري بين العبد وسيده، وهذا معنى ما أشار إليه في الأصل.

ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارته أو بقبول الهبة والصدقة؛ لأن ذلك ينسب إلى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت العقد؛ لأن ذلك لا ينسب إلى العبد، ولا يدخل فيه الأرش والعقر، وإن حصلا بعد العقد يكون للمولى؛ لأنه لا ينسب إلى العبد، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين؛ أنه لا يجوز ويكون رباً، لأن مراد محمد في قوله إنه لا يجري الربا بين العبد وسيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة.

والكتابة وإن كان فيها معنى المعاوضة، فليست بمعاوضة مطلقة، وجريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين؛ لأن ذلك معاوضة مطلقة؛ لأن المولى كالأجنبي عن كسب المكاتب، فهو الفرق.

ولو اختلفا فقال المولى: كان هذا قبل عقد المكاتبة، وقال المكاتب: كان ذلك بعد العقد، فالقولُ قولُ المكاتب؛ لأن الشيء في يده، فكان الظاهر شاهداً له، فكان القولُ قولَهُ.

ولو قال العبد: كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان، فكاتبه على ذلك، جازت الكتابة؛ لأن هذا شرط فاسد، والشروط الفاسدة لا تبطل الكتابة إذا لم تكن داخلة في صلب العقد، فلو كاتبه على ألف درهم على أنه بالخيار أو على أن العبد بالخيار يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام جاز، لأنَّ دلائل جواز الكتابة لا توجب الفصل، ولأن الحاجة قد تدعو إلى شرط الخيار في المكاتبة كما تدعو إليه في البيع وهو الحاجة إلى التأمل، ولأن الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس، فجاز أن يثبت فيه خيار الشرط كالبيع.

فإن قيل: ثبوت الخيار في البيع استحسانٌ عندكم، فلا يجوز قياس غيره عليه.

فالجواب ما ذكرنا أن عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه، وهو أن يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى، ويكون مثل ذلك المعنى موجوداً في موضع القياس، وقد وجد هٰهنا على ما ذكرنا، ولا يجوز شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة، فإن أبطل خياره في الأيام الثلاثة جاز كالبيع، وإن لم يبطل [خياره][1] حتى مضت ثلاثة أيام يتمكن الفساد كما في البيع، وعندهما يجوز، قلَّتِ المدة أو كثرت، بعد أن كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما في البيع.

فصل فيما يملك المكاتب من التصرفات

وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه فله أن يبيع ويشتري [لأنه وجب عليه إذن بدل الكتابة ولا يمكن الأداء إلا بالاكتساب والبيع والشراء اكتساب][2] ولأنه صار مأذوناً في التجارة، والبيع والشراء من باب التجارة[3]، وله أن يبيع بقليل الثمن وكثيره[4]،

(١) سقط من ط. (٢) سقط من ط.

(٣) للمُكاتَبِ أن يَبِيعَ وَيشْتَرِيَ. بإجماع من أهلِ العِلْم؛ لأنَّ عَقْدَ الكِتابةِ لتَحْصِيلِ العِتْقِ، ولا يَحْصُلُ إلاَّ بأدَاءِ عِوَضِه، ولا يُمْكِنُه الأداءُ إلاَّ بالاكْتِسابِ، والبيعُ والشراءُ من أقْوَى جِهَاتِ الاكْتِسابِ، فإنَّه قد جاء في بعضِ الآثارِ، أنَّ تِسْعةَ أعشارِ الرِّزْقِ في التِّجارةِ. وله أن يَأْخُذَ ويُعْطِيَ، فيما فيه الصَّلاحُ لمالِه، والتَّوْفِيرُ عليه. وله أن يُنْفِقَ ممَّا في يَدِه من المالِ على نَفْسِه، في مَأْكَلِه، ومَشْرَبِه، وكِسْوَتِه، بالمَعْرُوفِ ممَّا لا غِنَى له عنه، وعلى رَقِيقِه، والحيوانِ الذي له. وله تأدِيبُ عَبِيدِه، وتَعْزِيرُهم، إذا فَعَلُوا ما يَسْتَحِقُّون ذلك؛ لأنه في مصلحة ملكه، فملكه كالنفقة عليهم. ولا يملك إقامة الحد عليهم لأنَّ هذا مَوْضِعُ وِلاَيةٍ، وليس هو مِن أهْلِها. وله المُطالبةُ بالشُّفعةِ، والأخْذُ بها، لأنَّه نَوْعُ شِراءٍ، فإن كان المُشْتَرِي للشِّقْصِ سَيِّدَه، فله أخْذُه منه؛ لأنَّ له أنْ يَشْتَرِيَ منه. وإن اشْتَرَى المُكاتَبُ شِقْصاً لسَيِّدِه فيه شَرِكَةٌ، فله أخْذُه من المُكاتَبِ بالشُّفْعةِ، لأنَّه مع سَيِّدِه في باب البَيْعِ والشراءِ كالأجْنَبِيِّ. وإن وَجَبَتْ للسَّيِّدِ على مُكاتَبِه شُفْعةٌ، فادَّعَى المُكاتَبُ أنَّ سَيِّدَه عَفَا عنها، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ. وإن أنْكَرَه السَّيِّدُ، كان عليه اليَمِينُ. وإنْ أذِنَ السَّيِّدُ لمُكاتَبِه في البيعِ بالمُحاباة، صَحَّ منه، وكان لسَيِّدِه الأخْذُ بالشُّفعةِ، لأنَّ بَيْعَه بالمُحاباةِ، مع إذْنِ سَيِّدِه فيه، صَحِيحٌ. ويَصِحُّ إقْرارُ المُكاتَبِ بالبيعِ، والشِّراءِ والعَيْبِ والدَّيْنِ، لأنَّه يَصِحُّ تصَرُّفُه بذلك، ومَنْ مَلَكَ شيئاً، مَلَكَ الإقْرارَ به.
ينظر: المغني (١٤/ ٤٨٤ ـ ٤٨٥).

(٤) قال ابن قدامة ولا يُحَابِي في البَيْعِ، ولا يَزِيدُ في الثَّمنِ الذي اشْتَرَى به، ولا يُعِيرُ دابَّةً، ولا يُهْدِي هَدِيّة. وأجاز ذلك أصحابُ الرَّأي. ويَحْتَمِلُ جَوازُ إعارَةِ دابَّتِه، وهَدِيَةِ المَأْكُولِ، ودعائِه إليه؛ لأنَّ ذلك يجوزُ للمَأْذُونِ له، ولا يَنْحطُّ المُكاتَبُ عن دَرَجتِه. ووَجْهُ الأوَّلِ، أنَّه تَبَرُّعٌ بمالِه، فلم يَجُز، كالهِبَةِ، ولا يُوصِي بمالِه، ولا يَحُطُّ عن المُشْتَرِي شيئاً، ولا يُقْرِضُ، ولا يَضْمَنُ، ولا يتَكَفَّلُ بأحدٍ. وبه قال الشافعيُّ، وأصْحابُ الرَّأيِ، لأنَّ ذلك تَبَرُّعٌ بمالِه، فمُنِعَ منه، كالهِبَةِ.
ينظر: المغني ١٤/ ٤٨٢.

وبأيِّ جنس كان، وبالنقد وبالنسيئة في قول أبي حنيفة[١].

وعندهما لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس في مثله، وبالدراهم والدنانير، وبالنقد لا بالنسيئة؛ كالوكيل بالبيع المطلق وهي من مسائل «كتاب الوكالة».

وله أن يبيع ويشتري من مولاه؛ لأن المكاتب فيما يرجع إلى مكاسبه ومنافعه كالحر، فكان فيها بمنزلة الأجنبي، فيجوز بيعه من مولاه وشراؤه منه؛ كما يجوز ذلك من الأجنبي إلاَّ أنه لا يجوز له أن يبيع ما اشترى من مولاه مرابحة إلا أن يبين؛ وكذلك المولى فيما اشترى منه؛ لأن بيع المرابحة بيع أمانة، فيجب صيانته عن الخيانة[٢] وشبهة الخيانة ما أمكن، وكسب المكاتب مال المولى من وجه، فيجب أن يبين حتى يرتفع الشبهة، ولا يجوز له أن يبيع من مولاه درهماً بدرهمين[٣]؛ لأنه بعقد المكاتبة صار أحق بمكاسبه، فصار كالأجنبي في المعاوضة المطلقة.

---

(١) قال ابن قدامة وليس له أن يَبِيعَ نَسِيئةً، وإن باع السِّلْعَةَ بأضْعافِ قِيمَتِها. وهذا مذهبُ الشافعيُّ، لأنَّ فيه تَغْريراً بالمالِ، وهو ممنوعٌ من التَّغْريرِ بالمالِ، لتَعَلُّقِ حَقِّ السَّيِّدِ به. قال القاضي: ويتَخَرَّجُ الجَوازُ، بِناءِ على المُضارِبِ أنَّ له البَيْعَ نَسِيئةً. في إحْدَى الرِّوايتَيْن، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه. وسَواءٌ أخَذَ بالثَّمنِ ضَمِيناً، أو رَهْناً، أو لم يأْخُذْ؛ لأنَّ الغَرَرَ لم يَزُلْ، فإنَّ الرَّهْنَ يَحْتَمِلُ أن يَتْلَفَ، ويَحْتَمِلُ أن يُفْلِسَ الغَرِيمُ والضَّمِينُ، ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ مع الرَّهْنِ أو الضَّمِينِ، لأنَّ الوَثِيقَةَ قد حَصَلَتْ به، والعَوارِضُ نادِرةٌ، على خِلافِ الأصْلِ. فإن باعَ بأكْثَرَ ممَّا يُساوي حالاً، وجَعَلَ الزِّيادةَ مُؤَجَّلةً، جاز؛ لأنَّ الزِّيادةَ رِبْحٌ. وإن اشْتَرَى نَسِيئةً، جاز؛ لأنَّه لا غَرَرَ فيه. ولا يجوزُ أن يَدْفَعَ به رَهْناً؛ لأنَّ الرَّهْنَ أمانةٌ، وقد يَتْلَفُ، أو يَجْحَدُه الغَرِيمُ. وليس له أن يَدْفَعَ مالَه سَلَماً؛ لأنَّه في مَعْنَى البَيْعِ نَسِيئةً. وله أن يَسْتَسْلِفَ في ذِمَّتِه؛ لأنَّه في معنى الشِّراءِ نَسِيئةً. وليس له أن يُقْرِضَ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بالمالِ، وفيه خَطَرٌ به. وله أن يَقْتَرِضَ؛ لأنَّه يَنْتَفِعُ بالمالِ. وليس له أنْ يَدْفَعَ مالَه مُضارَبةً؛ لأنَّه يُسَلِّمُه إلى غيرِه، فيُغَرِّرُ به. وله أن يَأْخُذَ المالَ قِراضاً؛ لأنَّه من أنْواعِ الكَسْبِ.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٨٤).

(٢) في أ: الجناية.

(٣) قال ابن قدامة وجملتُه أنَّ الرِّبَا يَجْرِي بينَ العبدِ وسَيِّدِه، فلم يَجُزْ أنْ يَبِيعَه دِرْهماً بدِرْهَمَيْنِ، كالأجْنَبِيَّيْنِ. وقال ابنُ أبي موسى: لا رِبَا بينَهما، لأنَّه عبدٌ في الأظْهَرِ من قَوْلِه، ولا ربًا بين العبدِ وسَيِّدِه، ولهذا جازَ أن يُعَجِّلَ لسَيِّدِه، ويَضَعَ عنه بَعْضَ كِتابَتِه، وله وَطْءُ مُكاتَبَتِه إذا شَرَطَ، ولو حَمَلَتْ منه صارتْ له بذلك أُمَّ وَلَدٍ. ووَجْهُ قَوْلِ الخِرَقِيِّ: أنَّ السَّيِّدَ مع مُكاتَبِه في بابِ المُعامَلةِ كالأجْنَبِيِّ، بدليلِ أنَّ لكلِّ واحدٍ منهما الشُّفْعةَ على صاحِبِه، ولا يَمْلِكُ كلُّ واحدٍ منهما التَّصَرُّفَ فيما بيَدِ صاحِبِه، وإنَّما يَتَعلَّقُ لسَيِّدِه حَقٌّ في ما بيَدِه؛ لكَوْنِه بعَرضِيَّةِ أن يَعْجِزَ، فيَعُودَ إليه، وهذا لا يَمْنَعُ جَرَيانَ الرِّبَا بينَهما، كالأبِ مع ابنِه. فعلى هذا القَولِ، لا يجوزُ التَّفاضُلُ بينَهما فيما يَحْرُمُ التَّفاضلُ فيه بَين الأجْنَبِيَّيْنِ، ولا النَّسَاءُ في ما يَحْرُمُ النَّسَاءُ فيه بينَ الأجانِبِ.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٨٥ ـ ٤٨٦).

وكذا لا يجوز ذلك للمولى لما بينا، وله أن يأذن لعبده في التجارة، لأن الإذن في التجارة وسيلة إلى الاكتساب، والمكاتب مأذون في الاكتساب، فإن لحقه دين بيع فيه إلا أن يؤدي عنه المكاتب؛ لأن إذنه قد صح، فصحت استدانته فيباع فيه كما في عبداً لحر، وله أن يحط شيئاً بعد البيع لعيب ادعى عليه أو يزيد في ثمن شيء قد اشتراه؛ لأنه بالكتابة صار مأذوناً بالتجارة، وهذا من عمل التجارة وليس له أن يحط بعد البيع بغير عيب.

ولو فعل لم يجز لأنه من باب التبرع، وهو لا يملك التبرع، وله أن يرد ما اشترى بالعيب إذا لم يرض به، سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه؛ لأنه أولى بكسبه محرم من مولاه، فصار كالعبد المأذون إذا كان عليه دينٌ وله الشفعة فيما اشتراه/ المكاتب؛ لأن أملاكهما ٢/٢٠٣ب متميزة، ولهذا جاز بيع أحدهما من صاحبه، فصارا كالأجنبيين، وله أنْ يأذن لعبده في التجارة، لأنه من باب الاكتساب، ولا تجوز هبة المكاتب شيئاً من ماله ولا إعتاقه، سواء عجز بعد ذلك أو عتق وترك وفاء؛ لأن هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع.

وحكي عن ابن أبي ليلى أنه قال: عتقه وهبته موقوفان، فإن عتق يوماً مضى ذلك عليه، وإن رجع مملوكاً بطل ذلك.

وجه قوله: إن حال المكاتب موقوف بين أن يعتق وبين أن يعجز، فكذا حال عتقه وهبته، والجواب أن العقد عندنا إنما يتوقف إذا كان له مجيز حال وقوعه، وهٰهنا لا يجيز لعتقه حال وقوعه، فلا يتوقف، فإذا وهب هبة أو تصدق ثم عتق ردت إليه الهبة والصدقة حيث كانت، لأن هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف، وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل، أما بغير بدل فلما قلنا، وأما ببدل فلأن الإعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب؛ لأن العتق فيه يثبت بنفس القبول ويبقى البدل في ذمة المفلس، ولا يملك التعليق كما لا يملك التنجيز؛ كما لو قال له: إن دخلت الدار فأنت حر، لا يصح.

وكذا إذا قال [له][1]: إن أديت إليَّ ألفاً فأنت حر، لا يصح؛ لأن ذلك تعليق وليس بمكاتبة لما ذكرنا في «كتاب العتاق»، وللمكاتب أن يكاتب عبداً من اكسابه استحساناً، والقياس أن لا يجوز؛ لأنه عقد يفضي إلى العتق، فلا يجوز كما لو اعتقه على مال.

وجه الاستحسان أن المكاتبة نوع اكتساب المال، والمكاتب يملك اكتساب المال، ولهذا ملك البيع؛ وكذا المكاتبة بخلاف الإعتاق على مال، فإن ذلك ليس باكتساب المال.

ألا ترى أن المكتسب بعد الإعتاق لا يكون له، بل يكون للعبد، وإنما المكاتب له دين

(١) سقط من ط.

يتعلق بذمة المفلس، فكان ذلك إعتاقاً بغير بدل من حيث المعنى، وفي المكاتبة المكسب يكون للمكاتب، فلم يكن إعتاقاً بغير بدل، فافترقا.

وكذا لو اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه، لا يعتق؛ لأن شراء القريب إعتاق، وهو لا يملك الإعتاق، ولو اشترى ذا رحمٍ محرمٍ من مولاه، لا يعتق على مولاه؛ لأن هذا كسب المكاتب، والمولى لو أعتق عبداً منَ اكسابه صريحاً لا يعتق، فبالشراء أولى، فإن أدى الأعلى أولاً عتق يثبت ولاؤه من المولى؛ لأن العتق حصل منه، فإذا أدى الأسفل بعد ذلك يثبت ولاؤه من الأعلى، لأنه بالعتق صار من أهل ثبوت الولاء منه، وإن أدى الأسفل أولاً يعتق ويثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت من الأعلى؛ لأنه ليس من أهل ثبوت الولاء، فإن عتق بعد ذلك لا يرجع إليه الولاء، لأن ولاء العتاقة متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحالٍ، وإن أدّيا جميعاً معاً ثبت ولاؤهما معاً من المولى، وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والده.

والأصل أن كل من لا يجوز له أن يبيعه لا يجوز له أن يكاتبه إلاَّ أم ولده لأن هؤلاء يعتقون بعتقه، فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه، ولأنهم قد دخلوا في كتابة المكاتب، فلا يجوز أن يكاتبوا ثانياً، بخلاف أم الولد، ولا يملك التصديق إلا بشيء يسير، حتى لا يجوز له أن يعطي فقيراً درهماً، ولا أن يكسوه ثوباً؛ وكذا لا يجوز أن يهدي إلاَّ بشيءٍ قليل من المأكول، وله أن يدعو إلى الطعام لأن ذلك [من][1] عمل التجار.

وقد روي أن سلمان ـ رضي الله عنه ـ أهدى إلى رسول الله ﷺ وكان مكاتباً فقبل ذلك منه، وكذا روي أن رسول الله ﷺ كان يجيب دعوة المملوك، ولأن ذلك وسيلة إلى أداء مال[2] الكتابة؛ لأنه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الإهداء إليه، فيمكن من أداء بدل الكتابة.

ويملك الإجارة والإعارة والإيداع؛ لأن الإجارة من التجارة؛ ولهذا ملكها المأذون بالتجارة والإعارة والإيداع من عمل التجار وضرورات التجارة، ولا يجوز له أن يقرض؛ لأن القرض تبرع بابتدائه.

وقيل: معنى قوله لا يجوز، أي: لا يطيب للمستقرض أكله، لا ألا يملكه المستقرض حتى [أنه][3] لو تصرف فيه نفذ تصرفه، لأنه تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضموناً عليه، وهذا ما قلنا في حق الإعتاق أنه لا يجوز، ومعناه أنه لا يطيب له أكله، لكنه يكون مضموناً عليه، حتى لو كان عبداً فأعتقه نفذ إعتاقه؛ لأنه أعتق ملك نفسه؛ كذا قرض

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: بدل.
(٣) سقط من ط.

المكاتب، ولا تجوز وصيته لأنها تبرعٌ، ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس، بإذن المولى ولا بغير إذنه؛ لأنها تبرعٌ.

أما الكفالة بالنفس فلأنها التزام تسليم النفس من غير عوض، والكفالة بالمال التزام تسليم المال من غير عوض إن كانت بغير إذن المكفول/ عنه، وإن كانت بإذنه، فهي وإن كانت مبادلة ٢/ ٢٠٤أ في الانتهاء فهي تبرع في الابتداء، والمكاتب ليس من أهل التبرع، وسواء أذن [له][1] المولى فيها أو لم يأذن، لأن المولى لا يملك كسبه، فلا يصح إذنه بالتبرع، ويجوز له أن يتوكل بالشراء، وإن كان ذلك يوجب ضماناً عليه للبائع وهو الثمن، لأن عند بعض مشايخنا ملك المبيع يثبت له أولاً، ثم ينتقل إلى الموكل، فصار كالبيع منه، وعند بعضهم إن كان لا يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة، فإن أدى فعتق لزمته الكفالة؛ لأن الكفالة وقعت صحيحة في حقه؛ لأنه أهل إلا أنه يطالب به في الحال، لأنه لم يصح في حق المولى، فإذا عتق فقد زال حق المولى فيطالب به كالعبد المحجور إذا كفل ثم عتق، بخلاف الصبي إذا كفل ثم بلغ؛ لأن الصبي ليس من أهل الكفالة، لأنه ليس له قول صحيح في نفسه، بخلاف العبد تصرف في ملكه، وتجوز كفالته عن سيده؛ لأن بدل الكتابة واجب عليه، فلم يكن متبرعاً بها، والأداء إليه وإلى غيره سواء.

وهل يجوز له قبول الحوالة؟ فهذا على وجهين: إن كان عليه دين لإنسان، وعلى صاحب الدين دين لآخر فأحاله على المكاتب فهو جائز، لأنه ضمن مالاً كان واجباً عليه، فلم يكن متبرعاً، ولا فرق بين أن يؤدي إلى هذا أو إلى غيره.

وإن كان لإنسان على آخر دين فأحاله على المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي أحال عليه لا يجوز؛ لأنه تبرع وله أن يشارك حرّاً[2] شركة عنان، وليس له أن يشاركه شركة مفاوضة؛ لأن مبنى المفاوضة على الكفالة وهو ليس من أهل الكفالة، وشركة العنان غير مبنية على الكفالة، بل على الوكالة، والمكاتب من أهل الوكالة.

ولو كاتب الرجلُ عبدين له مكاتبةً واحدةً على ألف درهم؛ على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

إما أن كاتبهما على مال وجعل كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، وإما أن كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه، ولكنه قال: إن أديا عُتقا، وإن عجزا ردًا في الرق، وإما أن كاتبهما على مال ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ولم يقل أيضاً إن أديا عتقا، وإن عجزا رُدًا في الرق.

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: آخر.

أما إذا كاتبهما على أن كل واحد منهما كفيلٌ عن صاحبه، فالقياس أن لا تجوز هذه الكتابة، وفي الاستحسان تجوز إذا قبلا.

وجه القياس أن هذه كتابة بشرط الكفالة، وكفالة المكاتب عن غير المولى لا تصح؛ ولأنه كفالة ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة.

وجه الاستحسان: أن هذا ليس بكفالة في الحقيقة، بل هو تعليق العتق بالأداء والمولى يملك تعليق عتقهما بأداء كل واحد منهما، ولو فعل[1] هكذا كان جائزاً؛ كذلك هذا.

وأما إذا كاتبهما على ألف درهم على أنهما إن أديا عتقا، وإن عجزا رُدًّا في الرق، فكذلك الجواب في قول علمائنا الثلاثة، وعند زفر: كل واحد منهما مكاتب على حدة، فأيهما أدى حصته يعتق.

وجه قوله إن كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة، فلا يجب عليه كتابة غيره ما لم يشترطا، ولم يوجد الشرط.

ولنا أن المولى علق عتقهما بأداء الألف، فما لم يوجد لا يقع العتق؛ كما إذا قال لعبدين له إن دخلتما هذه الدار فأنتما حران، فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخلا جميعاً، فكذلك هٰهنا لا يعتق واحد منهما إلا بأداء الألف، وإذا لم يعتق واحد منهما إلا بأداء الألف صار جميع الألف على كل واحد منهما، فصار كما إذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه.

ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في «كتاب الطلاق» و «العتاق» إن من قال لامرأتين له: إن شئتما فأنتما طالقان، أو قال لعبدين له: إن شئتما فأنما حران؛ أنه على قول زفر: أيهما شاء يعتق وانصرف مشيئة كل واحد منهما إلى عتق نفسه، وطلاق نفسها، وفي قول علمائنا الثلاثة: ما لم توجد مشيئتهما جميعاً في طلاقيهما جميعاً أو عتقيهما جميعاً، لا يعتق واحد منهما؛ كذلك هٰهنا.

وأما الفصل الثالث: وهو ما إذا كاتبهما على ألف درهم ولم يقل: إن أديا عتقا وإن عجزا رُدًّا في الرق، فأيُّهما أدى حصته فإنه يعتق في قولهم جميعاً؛ لأنه لم يعلق عتقهما بأدائهما جميعاً، فانصرف نصيب كل واحد منهما إليه خَاصَّةً، وصار كل واحد منهما مكاتباً على حدة، ثم إذا كاتبهما كتابة واحدة فأدى أحدهما شيئاً منه، كان له أن يَرْجع على صاحبه بنصفه، بخلاف ما إذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأدى أحدهما

---

(١) في أ: كفل.

شيئاً؛ أنه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف، فإذا جاوز النصف يرجع على صاحبه بالزيادة.

وجه الفرق: أن في مسألتنا هذه لو جعلنا أداء عن نفسه أدى ذلك إلى تغيير شرط المولى؛ لأنه يعتق ومن شرط عتقهما جميعاً، فإذا كان الأمر/ هكذا فكان أداؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدي إلى تغير شرط المولى، وهذا المعنى لم يوجد في تلك المسألة، فإن أداءه عن نفسه لا يؤدي إلى تغيير شرط المولى، فكان أداؤه عن نفسه إلى النصف، لأن نصف الدين عليه، فإن مات أحد المكاتبين لا يسقط شيء من الكتابة، ويؤخذ من الحي جميع الكتابة، وبمثله لو أعتق أحدهما سقطت حصته. ٢/ ٢٠٤ب

ووجه الفرق بينهما: أن الميت من أهل أن تكون عليه الكتابة؛ ألا ترى أن المكاتب إذا مات عن وفاء يؤدي كتابته، وكذا لو ترك ولداً تؤخذ منه الكتابة، فأما المعتق فليس من أهل أن تجب عليه الكتابة.

ألا ترى أن المكاتب لو كان واحداً فأعتقه المولى بطلت عنه الكتابة؛ وكذلك هٰهنا تبطل حصته والمولى بالخيار إن شاء أخذ بحصته المكاتب، وإن شاء أخذ المعتق بحق الكفالة، فإن أخذ المكاتب لا يرجع عليه؛ لأنه أدى دين نفسه، وإن أخذ المعتق وأدى رجع على المكاتب؛ لأنه كفيله، ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير إذن مولاه.

وكذا المكاتبة لأن المكاتب عَبْدٌ ما بقي عليه درهمٌ، وقد قال رسولُ الله ﷺ: «**أَيّمَا عَبْد تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ**»[1] ولأن المولى يملك رقبة المكاتب، والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه، فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أنه لا ينفرد أحدهما بالنكاح، ولا يزوج ابنه وابنته؛ لأن جواز الإنكاح يعتمد الولاية، ولا ولاية له؛ إذ هو عبدٌ، ولا يزوج عبده لما قلنا، ويزوج أمته ومكاتبته؛ لأن تزويجهما من باب الاكتساب، وعقد الكتابة عقد اكتساب المال، بخلاف تزويج العبد، لأنه يتعلق المهر برقبته، فلم يكن اكتساباً، ويجوز[2] إقراره بالدين واستيفاؤه؛ لأن ذلك من ضرورات التجارة، والمكاتبة إذن بالتجارة، فكان هو إذناً بما هو من ضرورات التجارة، ولا تجوز وصية المكاتب في ماله، وإن ترك وفاء، أما إذا لم يترك وفاء، فلا شك فيه، لأنه مات عبداً فلا تجوز وصيته، وأما إذا ترك وفاء، فلأنا وإن حكمنا بعتقه فإنما حكمنا به قبيل الموت بلا فصل، وتلك الساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية.

ولو أوصى ثم أدى الكتابة في حال حياته وعتق، فإن وصيته على ثلاثة أوجه: في وجه لا تجوز بالإجماع، وفي وجه تجوز بالإجماع، وفي وجه اختلفوا فيه.

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب النكاح.

(٢) في أ: ولا يجوز.

فأما الوجه الذي تجوز بالإجماع فهو: أن يقول: إذا عتقت فثلث مالي وصية، فأدى، فعتق ثم مات، صحت وصيته بالإجماع؛ لأنه أضاف الوصية إلى حال الحرية والحرُّ من أهل الوصية.

وأما الوجه الذي لا تجوز بالإجماع: وهو أن يوصي بعين ماله لرجل فأدى فعتق ثم مات، لا يجوز؛ لأنه ما أضاف الوصية إلى حال الحرية، وإنما أوصى بعين ماله فيتعلق بملكه في ذلك الوقت، وهو ملك المكاتب، وملك المكاتب لا يحتمل التبرع، فلا يجوز إلا إذا أجاز تلك الوصية بعد العتق فتجوز؛ لأن الوصية مما يجوز [بلفظ][1] الإجازة بدليل أن رجلاً لو قال لورثته: أجزتُ لكم أن تعطوا ثلث مالي فلاناً، كان ذلك منه وصية.

وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو: ما إذا أوصى بثلث ماله ثم أدى فعتق ثم مات، قال أبو حنيفة: لا تجوز الوصية إلا أن يجيزها[2] بعد العتق؛ لأنها تعلقت بملك المكاتب، وملكه لا يحتمل المعروف، وقال أبو يوسف ومحمد، تجوز، وهذا نظير ما ذكرنا في «كتاب العتاق» أنه إذا قال العبد أو المكاتب: كل مملوك أملكه إذا أعتقت فهو حر، فأعتق ثم ملك مملوكاً، يعتق بالإجماع، ولو لم يقل إذا أعتقت لا يعتق بالإجماع.

ولو قال: كُلُّ مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر، فعتق وملك مملوكاً لا يعتق في قول أبي حنيفة، وعندهما يعتق، والحجج على نحو ما ذكرنا في العتاق.

ويجوز للمكاتب قبول الصدقات؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [البقرة:١٧٧] قيل في التفسير [إن المراد بها][3] ما أداها المكاتبون، ويحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من المكاتبة، ويحل له تناوله بعد العجز، وإن كان المولى غنياً لأن العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكماً، وإن كانت عيناً واحدة حقيقة.

والأصلُ فيه ما روي أن بريرة ـ رضي الله عنها ـ كانت يتصدق عليها، وكانت تهدي ذلك إلى رسول الله ﷺ وكان يأكل منه ويقول: «**هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ**»[4] وكذلك الفقير إذا مات وترك مالاً جمعه من الصدقات ووارثُهُ غنيٌّ يحل له أكله لما قلنا.

ولو أوصى المكاتب إلى رجل، أي: جعله وصياً، ثم مات، فإن مات من غير وفاء، بطل إيصاؤه، لأنه مات عبداً، والعبد/ ليس من أهل الإيصاء، وإن مات بعد ما أدى بدل ٢٠أ

(١) سقط من ط. (٢) في ط: يحددها.
(٣) سقط من ط.
(٤) تقدم تخريجه وهو جزء من حديث عتق بريرة.

الكتابة، جاز الإيصاء، وتكون وصيته كوصية الحر؛ لأن الولاية إنما تنتقل إليه عند الموت، وعند الموت كان حُرّاً فتنتقل الولاية إليه، فصار كوصي الحر، وَإن مات عن وفاء ولم يؤد في حال حياته، فإن وصيه يكون وصياً على أولاده الذين دخلوا في كتابته، دون الأولاد الأحرار الذين ولدوا من امرأةٍ حرة، ويكون أضعف الأوصياء كوصي الأم، فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية الزيادات، وعلى رواية «كتاب القسمة» جعل كوصي الأب، حيث أجاز قسمته في العقارات، والقسمة بمعنى[1] البيع، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل فيما يملك المولى من التصرف في المكاتب

وأما بيان ما يملك المولى من التصرف في المكاتب وَمَا لا يملكه، فيشتمل عليه حكم المكاتبة، نذكره في فصل الحكم، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

فصل في صفة المكاتبة

وأما صفة المكاتبة فنوعان:

أحدهما: أنها عقد لازم من جانب المولى إذا كان صحيحاً حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب، إذا لم يحل نجم أو نجمان على الخلاف، غير لازم في جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى؛ لأنه عقد شرع نظراً للعبيد، وتمام نظرهم في أنه[2] يلزم في حقهم، ويجوز ردُّ المكاتب إلى الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضي عند عامة العلماء، وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز رده إلا عند القاضي، لأن العقد قد صح فلا ينفسخ إلاَّ بقضاء القاضي.

وَلَنَا ما روي عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أنه أجاز ذلك[3]، ولم ينقل عن غيره خلافه، وإليه أشار في الأصل فقال: بلغنا ذلك عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ، ولأن المكاتب قد ثبت له الخيار في عقد الكتابة، لأن له أن يعجز نفسه ومن له الخيار في العقد إذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضي؛ كالبيع بشرط الخيار وغيره، فأما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين، حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر، لأن العقد الفاسد واجب النقض والفسخ حق للشرع رفعاً للفساد كالبيع الفاسد وغيره.

والثاني: أنها متجزئةٌ في قول أبي حنيفة، وعندهما غير متجزئة؛ لأنَها عقد يفضي إلى العتق، والعتق متجزىءٌ عنده، وعندهما لا يتجزأ؛ كذا المكاتبة، وعلى هذا يخرج ما إذا كاتب

---

(١) في ط: تمنع. (٢) في ط: ألاَّ.

(٣) تقدم ذلك وينظر «السنة» للبيهقي (١٠/ ٣٤٢).

رجلٌ نصف عبده، أنه جازت الكتابة في النصف، وصار نصفه مكاتباً عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة متجزئة عنده، فصحت في ذلك النصف لا غير، وصار في النصف الآخر مأذوناً بالتجارة، لأن الكتابة تقتضي وجوب أداء بدل الكتابة، ولا يمكنه الأداء إلا بالإذن، والإذنُ لا يتجزأ، فصار الإذن في قدر الكتابة إذناً في الكلّ، فصار مأذوناً في النكل ونصفه مكاتب، فإن أدى عتق نصفه، وصار النصف الآخر مستسعى، فإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى غير مشقوق عليه، بمنزلة رجل أعتق نصف عبده، فإن اكتسب العبد مالاً قبل الأداء، فنصفه له ونصفه للمولى في قول أبي حنيفة، لأن نصفه مكاتبٌ ونصفه رقيقٌ في قولهما، والكسب كله للمكاتب، لأنه كله[1] صار مكاتباً، وما اكتسب بعد الأداء فكله للمكاتب بالإجماع، وليس للمولى فيه شيء.

أما على قولهما فلا يشكل لأنه حُرٌّ عليه دين، وأما على أصل[2] أبي حنيفة فلأن المستسعي كالمكاتب، وكسب المكاتب له.

وإذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب، لم يكن له ذلك، لأنه لما كاتب نصفه فقد أذن له بالاكتساب؛ لأنه لا يتوصل إلى أداء بدل الكتابة إلا بالكسب، فلا يملك الحجر عليه إلاّ بعد فسخ الكتابة، ولا يفسخ إلاّ برضاه بخلاف العبد المأذون له[3]، أنه يملك حجره ومنعه من الاكتساب؛ لأنه إنما صار مأذوناً بالقول، فيصير محجوراً عليه بحجره، والإذنُ هٰهنا لا بالقول[4]، بل مقتضى الكتابة فلا يصير محجوراً عليه إلا بفسخ الكتابة، فإن أراد أن يخرج من المصر فله منعه بالقياس، ولكن أستحسن أن لا يمنعه، وكذلك إذا أراد أن يستخدمه يوماً، أو يستسعيه يوماً ويخلى عنه يوماً للكسب، له ذلك في القياس، ولكن أستحسن أن لا يتعرض له في شيء حتى يؤدي أو يعجز؛ كذا ذكر في الأصل.

وجه القياس: أن نصفه رقيقٌ لم تزل يده عنه، فله أن يمنعه من الخروج من المصر لأجل النصف، فيقول له إن كان نصفك مكاتباً، فالنصف الآخر غير مكاتب، فلي المنع، فكان له أن يمسكه ويستخدمه يوماً كالعبد المشترك.

وجه الاستحسان: أنه بعقد الكتابة صار مأذوناً بالاكتساب، وذلك بالخروج إلى الأمصار، فلا يجوز له/ منعه وأن يحول بينه وبين الاكتساب بالاستخدام، وَلاَ يُمْكِنُهُ أن يخرج بالنصف دون النصف، أو يستخدم النصف دون النصف، فإما أن يجعل النصف الذي هو مكاتب تبعاً للنصف الذي ليس بمكاتب، أو يجعل النصف الذي هو غير مكاتب تبعاً للنصف

٢/ ٢٠٥ب

(١) في أ: نصفه.
(٢) في أ: قول.
(٣) في ط: كله.
(٤) في ط: لا يثبت بالقبول.

الذي هو مكاتب، وهذا الثاني أولى لأن الحرية والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية الرق، وفي الكتابة شعبة من العتق؛ لأنَّهَا تعقد للعتق في المستقبل وهي سبب من أسبابه، وإذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يبيع الباقي، فإن باعه من غير العبد لا يجوز، لأن حق الحرية تعلق بالرقبة، فلا يجوز بيعه من غيره؛ كما لو اعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه؛ أنه لا يجوز؛ كذا هذا، ولأن المكاتب له أن يكتب ويخرج من المصر بغير إذنِ المولى، فصار كأنه باعه بشرط أن لا يسلم إلى المشتري، ولو فعل هكذا كان البيع فاسداً؛ كذلك هذا.

وَلَوْ بَاعَ نصف نفسه من العبد لا يجوز؛ لأن بيع العبد من نفسه[ليس][(١)] بيع في الحقيقة، بل هو إعتاق بمال، بدليل أن الولاء يثبت منه بدليل أنه لو باع نفس[(٢)] المدبر من المدبر يجوز، ولو كان بيعاً لما جاز.

وإذا أعتق نصفه فالعبد بالخيار: إن شاء أدى الكتابة وعتق، وإن شاء عجز ويسعى في نصف قيمته؛ لأنه يوجه إليها وجها عتق في ذلك النصف، عتق بأداء الكتابة، وعتق بالسعاية، فله أن يميل إلى أي الوجهين شاء.

عبد بين رجلين كاتبه أحدهما، فالأمر لا يخلو إما أن كاتب نصفه أو كله، وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون بإذن شريكه أو بغير إذنه، وإذا أذن فلا يخلو إما أن أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن.

فإن كاتب نصفه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتباً، لكن لشريكه أن ينقض الكتابة؛ لأنه يتضرر به في الحال، وفي ثاني الحال؛ لأنه لا يجوز بيعه في الحال لأن نصفه مكاتب، وفي الثاني يصير مستسعى فكان له حق الفسخ، والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخ إلا بقضاء القاضي، لأن الشريك الذي كاتب تصرف في ملك نفسه، فلا يفسخ تصرفه إلا بقضاء القاضي أو برضا العبد، فإن لم يعلم به الشريك حتى أدى، عتق نصفه، لأن الكتابة نفذت في نصيبه، فإذا وجد شرط العتق عتق، ثم الذي لم يكاتب له أن يرجع على الشريك فيقبض منه نصف ما أخذ، لأن ما أخذه كان كسب عبد بينهما، فكان له أن يشاركه في المأخوذ، ثم الذي كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه؛ لأنه كاتبه على بدل ولم يسلم له إلا نصفه، فكان له أن يرجع عليه إلى تمام البدل، وما يكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابة، ونصفه لشريكه الذي لم يكاتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الأداء.

وَأَما ما اكتسبه بعد الأداء فهو له خَاصَّةً؛ لأَنه بعد الأَداء يصير مستسعى، والمستسعي

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: نصف.

أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد، فإن اختلف العبد والمولى، فقال العبد: هذا كسب اكتسبته بعد الأداء، وقال المولى: بل اكتسبته قبل الأداء، فالقولُ قولُ العبد؛ لأن الكسب شيء حادث، فيحال حدوثه إلى أقرب الأوقات، وصار الحكم بعد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما، فإن كان موسراً فللشريك ثلاث اختيارات، وإن كان معسراً فخياران.

هذا إذا كان بغير إذن الشريك فإذا كان بإذنه، فإن كان لم يأذن له بقبض الكتابة، فهذا والأول سواءٌ إلا في فصلين:

(أحدهما): أنه لا يكون له حق الفسخ هٰهنا لوجود الرضا، **(والثاني)**: أنه ليس له أن يضمنه نصف قيمة العبد بعد ما عتق؛ لأنه رضي بالعتاق حيث أذن له في الكتابة، وإن كان أذن له بقبض بدل الكتابة فهذا والأول سواء إلا في ثلاثة فصول: اثنان قد ذكرناهما، **(والثالث)**: أن ما قبض ليس له أن يشاركه.

هذا إذا كاتب النصف، فأما إذا كاتب الكل فهذا والأول سواء إلا في فصلٍ واحدٍ، وهو أنه إذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض من الكتابة لا يرجع بذلك على المكاتب، هذا إذا كان بغير إذن الشريك، فأما إذا كان بإذنه وأجاز قبل أن يؤدي، صار مكاتباً بينهما، فلا يعتق جميعه إلاَّ بأداء الألف إليهما معاً عتق، وإن أدى إلى أحدهما أولاً لا يعتق، لأن المكاتبة وقعت بصيغة[1] واحدة، هذا إذا لم يأذن له بقبض الكتابة، فإن أذن له بقبض الكتابة، فإن أدى إليهما عتق كله، وإن أدى جميعه إلى الذي كاتب عتق كله، والألف بينهما، وإن أدى كله إلى الشريك، لا يعتق حتى يصل نصفه إلى شريكه، وهذا كله قول أبي حنيفة/ . ٢/٢٠٦أ

وأما على قولهما فإن كتابة النصف وكتابة الجميع سواء، لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ، فإن لم يجز صاحبه حتى أدى، عتق كله ويأخذ الشريك منه نصف ما قبض، ولا يرجع هو على العبد بما قبض منه شريكه، ونصف الكسب الفاضل للمكاتب، ونصفه للذي لم يكاتب، والولاء كله للذي كاتبه، ويضمن حصة شريكه إن كان موسراً، ويسعى العبد إن كان معسراً، وإن أجاز شريكه صار مكاتباً بينهما، فإن أدى إليهما معاً عتق، والولاء بينهما، وجميع الكسب للمكاتب، وإن أدى إلى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه إلى الآخر، إلا إذا أذن لشريكه بقبض الكتابة، فإن أدى كله إلى المأمور عتق، وإن أدى كله إلى الآمر لا يعتق، حتى يصل نصفه إلى المأمور.

ولو كان عبدٌ بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد، بأن كاتب أحدهما

(١) في أ: صفقة.

نصيبه على ألف درهم، ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار، صار نصيب كل واحد منهما مكاتباً له، فإذا أدى إليهما معاً عتق، وإنْ أَدَّىٰ إلى أحدهما عتق نصيبه، ولا يشاركه الآخر فيما قبض، لأنه لما كاتب صار راضياً بكتابته، وللمكاتب أن يقضي غريماً دون غريم، ونصيب الآخر مكاتب على حاله، فإذا أدى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما، وإنْ لم يؤد نصيب الآخر ولكنه عجز، صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما، والجواب فيه معروف.

وكذلك لَوْ كَاتَبَ كل واحد جميع العبد، صار نصيب كل واحد منهما مكاتباً له بالبدل الذي سمى، فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق، والحكم فيه ما ذكرنا أن لو كاتب كل واحد منهما نصيبه، وهذا قول أبي حنيفة.

وَأَمَّا عَلَىٰ قولهما فكتابة البعض وكتابة الكل سواءٌ، فإن أَدَّى إليهما عتق والولاء بينهما، وإنْ أَدَّىٰ إلى أحدهما أولاً عتق كله من المؤدي إليه وثبت الولاء منه، ويضمن إن كان موسراً، ويسعى العبد إن كان معسراً، إلا أن على قول محمد يضمن أو يسعى العبد في نصف القيمة أو في كتابة الآخر في الأقل منهما، وقال أبو يوسف: بطلت كتابة الآخر وإنما يضمن العبد أو يسعى في نصف قيمته لا غير.

وَلَوْ كَانَ عبد بين اثنين فكاتباه جميعاً مكاتبةً واحدةً فَأَدَّىٰ إلىٰ أحدهما حصته، لم يعتق حصته منه ما لم يؤد جميع الكتابة إليهما، لأنهما جَعَلا شرط عتقه أداء جميع المكاتبة، فلا يعتق إلا بوجود الشرط، بخلاف ما إذا كان لكل واحد منهما عبدٌ فكاتباهما جميعاً مكاتبة واحدة أن كل واحد منهما يكون مكاتباً على حدة، حتى لو أدى حصته يعتق، لأن هٰهنا لو جعل كل نصف مكاتباً على حدة لأدى إلى تغيير شرطهما؛ لأن شرطهما أن يعتق بأداء الكل، فلا يعتق أحدهما إلا بأداء جميع الكتابة حتى لا يؤدي إلى تغيير الشرط، وهذا المعنى لم يوجد هناك، لأن عتق أحدهما لا يؤثر في الآخر، فكان الشرط فيه لغواً مكاتب بين رجلين أعتقه أحدهما.

قال أبو حنيفة: لا ضمان عليه في ذلك لشريكه، موسراً كان أو معسراً، لأن نصيب الآخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزئاً عنده، فإن أدى عتق، والولاء بينهما لوجود الإعتاق منهما، وإن عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما، والحكم فيه ما ذكرنا في «كتاب العتاق»، وعلى قولهما عتق كله، لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، والولاء له إلا أن على قول أبي يوسف صار حكمه حكم عبدٍ بين اثنين أعتقه أحدهما.

وعلى قول محمد إن كان المعتق موسراً ينظر إلى قدر نصيب شريكه وإلى باقي الكتابة، فأيهما كان أقل ضمن ذلك، وإن كان معسراً سعى العبد في الأقل، فإن لم يعتقه أحدهما ولكن دبره، صار نصيبه مدبراً ويكون مكاتباً على حاله؛ لأن التدبير لا ينافي الكتابة، فإن أدى الكل

عتق، والولاء يثبت منهما، وإن عجز صار كعبد بين اثنين دبره أحدهما، صار نصيبه مدبراً، ولشريكه خمس خيارات إن كان موسراً، وإن كان معسراً فأربع خيارات، وهذا قول أبي حنيفة.

وفي قولهما صار كله مدبراً، لأن التدبير لا يتجزأ، فبطلت الكتابة، ويضمن لشريكه نصف القيمة؛ موسراً كان أو معسراً في قول أبي يوسف، وعلى قياس قول محمد وجب أن يضمن الأقل من نصف القيمة، ومن جميع ما بقي من الكتابة ولو لم يدبره، ولكن كاتب جارية فجاءت بولد فادعاه أحدهما، ثبت نسب الولد منه، وصار نصيبه أم ولد له.

أما ثبوت النسب فلا خلاف فيه، لأن المولى إذا ادعى ولد مكاتبته ثبت النسب؛ لأن فيه تأويل الملك ثم المكاتبة بالخيار/ إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها، لأنه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين، فلها أن تختار أيهما شاءت ولا تصير كلها أم ولد [له][1]، لأن الاستيلاد عندنا يتجزأ فيما لا يمكن نقل الملك فيه، فإن مضت على الكتابة أخذت منه عقرها واستعانت به على أداء بدل الكتابة، وإن عجزت نفسها وردَّت إلى الرق فإنها تصير أم ولد للمستولد، لأن المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال، ويضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبة ونصف عقرها، لا يغرم من قيمة الولد شيئاً، وهذا قول أبي حنيفة. ٢٠٦/ب

وعلى قولهما صارت الجارية كلها أم ولد [له][2]، لأن الاستيلاد لا يتجزأ، وبطلت الكتابة فيغرم للشريك نصف القيمة ونصف العقر، موسراً كان أو معسراً، وعلى قول محمد وجب أن يضمن الأقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه.

عبدٌ كافر بين مسلم وذمي كاتب الذمي نصيبه بإذن شريكه على خمر، جازت الكتابة في قول أبي حنيفة، ولا تجوز في قول أبي يوسف ومحمد، ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني منه من الخمر بناءً على أن الكتابة متجزئة عند أبي حنيفة كالعتق، فلما كاتب الذمي نصيبه على خمر بإذن شريكه، وقعت المكاتبة على نصيب نفسه خاصَّةً، والذمي إذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو باع نصيبه بخمر.

وأما عندهما فالكتابة فاسدةٌ لأَن مِن أصلهما أَن العقد انعقد لهما حيث كانت بإذن شريكه، فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمي، لأنها كتابة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل كلها، ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني من الخمر، لأن المسلم ممنوع من قبض الخمر.

وإن كاتباه جميعاً على خمر مكاتبةً واحدةً، لم يجز في نصيب واحد منهما، أما في

---

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من ط.

نصيب المسلم فلا يشكل، وأما في نصيب الذمي فلأن المكاتبة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل الكل، ولو أدى إليهما عتق وعليه قيمته للمسلم، وللذمي نصف الخمر، وإنما عتق بالأداء إليهما؛ لأن الكتابة فاسدة، وهذا حكم الكتابة الفاسدة أنه إذا أدى بعتق كما إذا كاتب المسلم عبده على خمر فأدى، إلا أنه لا يسعى في نصف قيمته للمسلم، ولا يسعى في نصيب الذمي؛ لأن الذمي قد سلم له شرطه؛ لأن الخمر مال متقوم [في حقه وليس بمالٍ متقوم][1] في حق المسلم، فيسعى في نصف قيمته له، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل في حكم المكاتبة

وأما حكم المكاتبة ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه، فنقول وبالله التوفيق.

المكاتبة أنواع ثلاثة: صحيحة، وفاسدة، وباطلة؛ أما الصحيحة فلها أحكام: بعضُها يتعلق بما قبل أداء بدل الكتابة، وبعضها يتعلق بأداء بدل الكتابة.

أما الأول: فزوال يد المولى عن المكاتب، وصيرورة المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه، وصيرورة المولى كالأجنبي عنها، وثبوت حق المطالبة للمولى ببدل الكتابة، وثبوت حق الحرية للمكاتب، لأن ما هو المقصود من هذا العقد لا من الجانبين لا يحصل بدونها، وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة؟

اخْتَلَفَ المشايخ فيه، قال عَامَّتُهُمْ: لا تزول.

وقال بعضُهم: تزول عن ملك المولى، ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري على أصل أبي حنيفة، أن المبيع يزول عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، وهذا غيرُ سديدٍ، لأن الملك صفة إضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف إليه، كسائر الأوصاف الإضافية من الأبوة والبنوة والأخوة والشركة ونحوها، فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له، وهكذا نقول في «باب البيع»، لأن البيع في الحقيقة ملك البائع أو ملك المشتري إلا أنا لا نعلم ذلك في الحال؛ لأنا لا نعلم أن العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف في علمنا بجهلنا بعاقبة الأمر، وعند الإجازة أو الفسخ يتبين أنه كان ثابتاً للمشتري أو للبائع من وقت البيع حتى يظهر في حق الولد[2] هذا معنى قول أبي حنيفة في تلك المسألة.

وَبَيَان هذه الجملة في مسائل: إذا كاتب عبده كتابةً صحيحةً صار مأذوناً في التجارة؛ لأنه

---

(١) سقط من ط.

(٢) في ط: الرواية.

وجب عليه أداء بدل الكتابة، ولا يتمكن من الأداء إلا بالكسب والتجارة كسبٌ، وليس له أن يمنعه من الكسب ولا من السفر، ولو شرط عليه أَنْ لا يسافر كان الشرط باطلاً، والكتابة صحيحة لما مر، وليس له أن يأخذ الكسب من يده، لأن كسبه له ولا يجوز له إجارته ورهنه؛ لأن الإِجارة تمليك المنفعة، ومنافع المكاتب له والرهن إثبات ملك اليد للمرتهن، وملك اليد للمكاتب، ولا يجوز استخدامه واستغلاله/ لأن ذلك تصرف في المنفعة، والمنافع له، ويجوز إعتاقه ابتداء بلا خلاف، لأن جوازه يعتمد ملك الرقبة، وأنه قائم، سواء كان المولى صحيحاً أو مريضاً غير أنه إِن كان صحيحاً يعتق مجاناً، وإِن كان مريضاً، والعبد يخرج من الثلث، فكذلك.

٢/٢٠٧أ

وكذلك إذا كان لا يخرج من الثلث لكن أَجازت الورثة، وإِن لم تجز الورثة فله الخيار في قول أبي حنيفة، إِن شاء سعى في ثلثي القيمة حالاً، وإن شاء سعى في ثلثي الكتابة مؤجلاً.

وعند أبي يوسف ومحمد: لا خيار له، ويسعى في الأقل؛ لأن الكتابة [قد][1] سبقت الإِعتاق، والإِعتاقُ في المرض بمنزلة التدبير، ولو دبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا في «كتاب التدبير».

كذا إذا أعتقه في المرض ويجوز له إعتاقه عن الكفارة عندنا؛ خلافاً للشافعي، والمسألة تذكر في «كتاب الكفارات».

ولو أعتق الولد المولود أو المشتري في الكتابة جاز، ولا يسقط شيء من بدل الكتابة، والقياس أن لا يجوز إعتاقه، وهو قول زفر.

وجه القياس أن في إِعتاقه الولد إبطال حق المكاتب؛ لأنه يملك كسب ولده المولود والمشتري وبالإِعتاق يبطل، وإِليه أشار في الأصل، فقال لأن للمكاتب أن يستخدمهم.

وجه الاستحسان أن المكاتب إِنما يسعى في حرية نفسه وأولاده، وقد نال هذا المقصود، وإنما لا يسقط من بدل الكتابة شيء، لأن البدل كله على المكاتب فلا يسقط شيء منه بعتق الولد، ولو أعتق أم ولد المكاتبة لم يجز، لأن المكاتب لو عتق كانت هي أم ولد على حالها، لأنها لم تصر مكاتبة بكتابته، فلا تعتق بعتق المكاتب، ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف؛ لأن فيه إِبطال حق المكاتب من غير رضاه، وهو حق الحرية، فلا يجوز بيعه كالمدبر وأم الولد، وإِن رضي به المكاتب جاز، ويكون ذلك فسخاً للكتابة، لأن امتناع الجواز كان لحق المكاتب، فإذا رضي فقد زال المانع.

وذكر ابن سماعة عن محمد أن المولى والمكاتب إذا اجتمعا في البيع قال: البيع لا

---

(١) سقط من ط.

يجوز، والصحيح جواب ظاهر الرواية، لأنه لما باعه المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ، فيكون إقالة والكتابة تحتمل الإقالة، وما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها اشترت بريرة وكانت مكاتبة، فمحمول على أن ذلك كان برضاها، وعلى هذا الهبة والصدقة والوصية.

ولو كاتب جارية لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها[1]؛ لأن ذلك انتفاع بها، والمولى كالأجنبي في منافعها، ولو وطئها غرم العقر لها، تستعين به على أداء بدل الكتابة، لأنه بدل منفعة مملوكة لها.

ولو وطئها فعلقت منه، ثبت نسب الولد إذا ادعاه[2]، لأن النسب يثبت بشبهة الملك

---

(١) وليس للرجل أن يطأ مكاتبته من غير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم، منهم؛ سعيد بن المُسَيَّبِ، والحسنُ، والزّهريُّ، ومالِكٌ، واللَّيثُ، والثَّورِيُّ، والأوزاعِيُّ، والشافعيُّ، وأصحابُ الرَّأي. وقيل: له وَطْؤها في الوَقْتِ الذي لا يَشغَلُها الوَطْءُ عن السَّعْيِ عمَّا هي فيه؛ لأنها مِلْكُ يَمِينِه، فتَدْخُلُ في عُمومِ قولِه تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾. ولَنا، أنَّ الكِتابةَ عَقْدٌ أزالَ مِلْكَ اسْتِخْدامِها، ومِلْكَ عِوَضِ مَنْفَعةِ بضْعِها فيما إذا وُطِئَتْ بشُبْهةٍ، فأزالَ حِلَّ وَطْئِها، كالبَيْعِ، والآيَةُ مَخْصُوصةٌ بالمُزَوَّجَةِ، فنَقِيسُ عليها مَحَلَّ النِّزاعِ، ولأنَّ المِلْكَ هٰهُنا ضَعِيفٌ، لأنَّه قد زالَ عن مَنافِعِها جُمْلةً، ولهذا لو وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ، كان المَهْرُ لها، وتُفارِقُ أمَّ الوَلَدِ، فإنَّ مِلْكَه باقٍ عليها، وإنَّما يَزُولُ بمَوْتِه، فأشْبَهَتِ المُدَبَّرَةَ والمُوصَى بها، وإنَّما امْتَنَعَ البَيْعُ، لأنَّها اسْتَحَقَّتِ العِتْقَ بمَوْتِه اسْتِحْقاقاً لازِماً، لا يُمْكِنُ زَوالُه.

إذا شَرَطَ وطْأها، فله ذلك. وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ. وقال سائِرُ مَنْ ذكَرْنا: ليس له وَطْؤُها، لأنَّه لا يَمْلِكُه معَ إطْلاقِ العَقْدِ، فلم يَمْلِكْه بالشَّرْطِ، كما لو زَوَّجَها أو أعْتَقَها. وقال الشافعيُّ: إذا شَرَطَ ذلك في عَقْدِ الكِتابةِ، فَسَدَ؛ لأنَّه شَرْطٌ فاسِدٌ، فأفْسَدَ العَقْدَ، كما لو شَرَطَ عِوَضاً فاسِداً. وقال مالكٌ: لا يَفْسُدُ العَقْدُ به؛ لأنَّه لا يُخِلُّ بِرُكْنِ العَقْدِ، ولا شَرْطِه، فلم يَفْسُدْ، كالصَّحِيحِ. ولَنا، قولُ النَّبِيِّ ﷺ: «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ». ولأنَّها مَمْلُوكَةٌ، له شَرْطُ نَفْعِها، فصَحَّ، كشَرْطِ اسْتِخْدامِها، يُحَقِّقُ هذا أنَّ مَنْعَه مِن وَطْئِها مع بَقاءِ مِلْكِه عليها ووُجُودِ المُقْتَضِي لِحلِّ وَطْئِها، إنَّما كان لِحَقِّها، فإذا اشْتَرَطَه عليها جازَ، كالخِدْمةِ، ولأنَّه اسْتَثْنَى بعضَ ما كان له، فصَحَّ، كاشْتِراطِ الخِدْمةِ، وفارَقَ البَيْعَ، لأنَّه يُزِيلُ مِلْكَه عنها.

فإنْ وَطِئَها مع الشَّرْطِ، فلا حَدَّ عليه، ولا تَعْزِيرَ، ولا مَهْرَ؛ لأنَّه وَطْءٌ يَمْلِكُه، ويُبَاحُ له، فأشْبَهَ وَطْأها قبلَ كِتابَتِها. وإن وَطِئَها مِن غيرِ شَرْطٍ، فقد أساءَ، وعليه التَّعْزِيرُ، لأنَّه وَطْءٌ مُحَرَّمٌ، ولا حَدَّ عليه. في قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ، لا نعلمُ فيه خِلافاً، إلاَّ عن الحسنِ، والزّهريِّ؛ فإنَّهما قالا: عليه الحَدُّ؛ لأنَّه عَقَدَ عليها عَقْدَ مُعاوَضةٍ يُحَرِّمُ الوَطْءَ، فأوْجَبَ الحَدَّ بوَطْئِها، كالبَيْعِ. ولَنا، أنَّها مَملوكَتُه، فلم يَجِب الحَدُّ بوَطْئِها، كأمَتِه المُسْتأجَرةِ والمَرْهونَةِ، وتُخالِفُ البَيْعَ؛ فإنَّه يُزِيلُ المِلْكَ، والكِتابةُ لا تُزِيلُه؛ بدليلِ قولِه عليه السلام: «الْمُكاتَبُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ». وعليه مَهْرُها لها؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَتَها المَمْنُوعَ مِن اسْتِيفائِها، فكان عليه عِوَضُها، كمنافِعِ بَدَنِها.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٨٧ - ٤٨٨).

(٢) وإنْ أوْلَدَها، صارتْ أُمَّ وَلَدٍ له، سَواءٌ وَطِئَها بشَرْطٍ أو بغيرِ شَرْطٍ؛ لأنَّه أحْبَلَها بحُرٍّ في مِلْكِه، فكانتْ أُمَّ ولَدِه، كغيرِ المُكاتَبةِ، والوَلَدُ حُرٌّ؛ لأنَّه ولَدُه مِن مَمْلُوكَتِه، ويَلْحَقُه نَسَبُه لذلك، ولأنَّه مِن وَطْءٍ سَقَطَ فيه الحَدُّ للشُّبْهةِ، فأشْبَهَ ولَدَ المغرور، ولا تلزمه قيمته، لأنها وضعته في ملكه.

ينظر: المغني (١٤/ ٤٨٨ - ٤٨٩).

وتأويل الملك، فلأن يثبت بحقيقته أَوْلَىٰ، صدقته المكاتبة أو كذبته لما مر، ثم إن جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر فعليه العقر، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا عقر عليه، والمكاتبة بالخيار: إن شاءت مضت على كتابتها فأدت وعتقت وأخذت العقر، إذا كان العلوق في حال الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد وسقط العقر، لما ذكرنا في «كتاب الاستيلاد».

ولو جنى المولى على المكاتب غرم الأرش ليستعين به على الكتابة، لو استهلك شيئاً من كسبه فهو دين عليه، لأنه أحق بكسبه من المولى، فكان في مكاسبه كالحر، وكذا ما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا.

ولو اشترى المكاتب امرأته لا ينفسخ النكاح، وكذا إذا اشترت المكاتبة زوجها، لأن الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة؛ أنها تمنع من إنشاء النكاح؛ وإذا طرأت على النكاح لا تبطله، ولهذا قال أصحابنا أن المولى إذا زوج ابنته من مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الأب، لأن البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك، بل يثبت لها حق الملك فيمنع ذلك من الابتداء ولا يمنع من البقاء، فكذا هذا، ولو سرق منه يجب القطع على السارق، لأن المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه، فكان له حق الخصومة فيه كالحر، فيقطع بخصومته.

ولو جنى المكاتب على إنسان خطأ فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، لأن رقبته مملوكة للمولى إلاَّ أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الكتابة، فصار كالعبد القن إذا جنى جناية ثم أعتقه المولى من غير علمه بالجناية، والحكم هناك ما ذكرنا؛ فكذا هٰهنا، فينظر إن كان أرش الجناية أقل من قيمته فعليه أرش الجناية، لأن المجني عليه لا يستحق أكثر من ذلك، فإذا دفع ذلك فقد سقط حقه، وإن كانت قيمته/ أقل من أرش الجناية فعليه قيمته؛ لأن حكم الجناية تعلق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى، وهي لا تحتمل أكثر من قيمتها، فلا يلزمه أكثر من ذلك.

٢٠٧/٢ب

وكذلك لو جنى جنايات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الأولى، لا يجب عليه إلا قيمة واحدة، وإن كثرت جناياته في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يجب عليه في كل جناية الأقل من أرشها ومن قيمته، وهذا فرع اختلافهم في أن جناياته تتعلق بالرقبة أو بذمته، فعندنا تتعلق برقبته، والرقة لا تتسع لأكثر من قيمة واحدة، وعنده تتعلق بذمته والذمة متسعةٌ.

والصحيح قولنا لما ذكرنا أن رقبته مملوكة للمولى فإنها مقدور الدفع في الجملة بأن يعجز فيدفع إلا أنه تعذر الدفع بالمنع السابق؛ وهو الكتابة من غير اختيار، فصار كما لو جنى جنايات ثم أعتقه المولى من غير علمه بها، وهناك لا يلزمه إلا قيمة واحدة؛ كذلك هٰهنا.

هذا إذا جنى ثانياً قبل أن يحكم عليه الحاكم بالأولى، فأما إذا حكم الحاكم بالأولى، ثم جنى ثانياً فإنه يلزمه قيمة أخرى بالجناية الثانية، لأنها لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته إلى ذمته، فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جنايته متعلقة بها، فصار بمنزلة الجناية المبتدأة، فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق، فوقع فيها إنسان ووجب عليه أن يسعى قيمته يوم حفر، ثم وقع فيها آخر أنه لا يلزمه أكثر من قيمة واحدة، سواء حكم الحاكم بالأولى أو لم يحكم.

ووجه الفرق أن هناك الجناية واحدة، وهي حفر البئر، فالضمان الذي يلزمه إنما يلزمه بسبب واحد، فوقوع الثاني، وإن كان بعد حكم الحاكم، لكن بسبب سابق على حكمه، فصار كأنه قتلهما دفعة واحدة، فلا يلزمه إلا قيمة واحدة، فأما هٰهنا فقد تعددت الجناية، والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الأولى وانتقالها إلى ذمته، فيتعدد السبب فيتعدد الحكم.

ولو سقط حائط مائل أشهد عليه على إنسان فقتله، فعليه أن يسعى في قيمته؛ لأن المكاتب يملك النقض فيصح الإشهاد عليه كما في الحر، ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ.

وكذلك إذا وجد في دار المكاتب قتيل، فعليه أن يسعى في قيمته إذا كانت قيمته أكثر من الدية، فينتقص منها عشرة دراهم، فإن جنى جنايات ثم عجز قبل أن يقضي بها دفعه مولاه بها أو فداه، وإن قضى عليه بالسعاية ثم عجز، فهي دين في رقبته يباع فيه؛ لأنه إذا لم يقض عليه لم تصر القيمة ديناً في رقبته، فهو كعبد قن جنى جناية أنه يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء، وإذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك ديناً في رقبته، فإذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين أنه يباع أو يقضي السيد دينه، هذا كانت جنايته عمداً بأن قتل رجلاً عمداً قتل به؛ لأنه لو كان حر لقتل به، فالمكاتب أولى.

هذا إذا جنى المكاتب على غيره، فأما إذا جنى غيره عليه، فإن كان خطأ فالأرش له، وأرشه أرش العبد، أما كون الأرش له؛ فلأن أجزاءه ملحقة بالمنافع وهو أحق بمنافعه.

وأما كون أرشه أرش العبد، فلأنه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث، فكانت الجناية عليه جناية على العبد، فكان أرشها أرش العبيد، وإن كان عمداً فالمسألة على ثلاثة أوجه: في وجه يجب القصاص في قولهم، وفي وجه لا يجب القصاص، وفي وجه اختلفوا فيه.

أما الأول فهو أن يقتله رجلٌ عمداً ولم يترك وفاء، فللمولى أن يقتل القاتل؛ لأنه لم يترك وفاء فقد مات عاجزاً فمات عبداً، والعبد إذا قتل عمداً يجب القصاص على قاتله إن كان عبداً بالإجماع، وإن كان حرًا عندنا؛ كذلك هٰهنا.

وأما الوجه الثاني فهو أن يقتل عمداً ويترك وفاء ويترك ورثة أحراراً سوى المولى، فلا يجب القصاص لاشتباه ولي القصاص، لاختلاف الصحابة - رضي الله عنهم - في أنه يموت حرًا أو عبداً؛ على ما نذكر، إن شاء الله تعالى، فمن قال مات حرًا قال ولاية الاستيفاء للورثة، ومن قال مات عبداً قال الولاية للمولى، فاشتبه المولى، فلم يجب القصاص.

فإن قيل: قياس هذه النكتة أنه إذا اجتمع المولى والورثة ينبغي أن يجب القصاص؛ لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصي[1] برقبته لإنسان وبخدمته لآخر إذا قتل أن لهما أن يجتمعا فيقتلا.

وكذا العبد المرهون إذا قتل فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص، أن لهما أن يستوفياه، كذلك/ هٰهنا، فالجواب أن المانع هو اشتباه المولى، وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع، لأنَّ الولاية لأحدهما وهو المولى أو الوارث، وهذا النوع من الاشتباه لا يزول باجتماعهما، بخلاف مسألة الوصية؛ لأنَّ هناك لا اشتباه، فإن الولاية لصاحب الرقبة؛ لأنَّ الملك له، وإنما لصاحب الخدمة فيها حق، فإذا اجتمعا في الاستيفاء فقد رضي بإسقاط حقه، ويقول لصاحب الخدمة حقي قوي لشبهة الملك، فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع الوليان على الاستيفاء، وبخلاف مسألة الرهن، فإن المستحق للقصاص هناك هو الراهن؛ إذ الملك له إلا أن للمرتهن فيه حقًا، فإذا رضي بالاستيفاء فقد رضي بسقوط حقه، وهٰهنا بخلافه على ما بيناه.

٢/٢٠٨أ

وأما الوجه الثالث: فهو أن يقتل عمداً ويترك وفاء، ولا وارث له سوى المولى، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يجب القصاص للمولى؛ لأنه لا اشتباه هٰهنا لأن القصاص يكون للمولى كيفما كان، سواء مات حرًا أو عبداً، وقال محمد: لا يجب، لأن المولى إنْ لم يشتبه فسبب ثبوت الولاية قد اشتبه، لأن إن مات حرًا فالولاية تثبت بالإرث، وإن مات عبداً فالولاية تثبت بالملك، والجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن السبب لم يشتبه، لأن المسبب واحد وهو الملك، والولاء أثر من آثار الملك.

والثاني: إن سلمنا أن السبب قد اشتبه، لكن لا اشتباه في الحكم وهو الولاية، لأنها ثابتة بيقين، فتثبت بأي سبب كان، فإن قتل ابن المكاتب أو عبده عمداً فلا قود عليه، لأن المكاتب وهو أبو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له، ولو عجز كان القصاص للمولى،

(١) في ط: المولى.

فاشتبه الولي، وبهذا علل في الأصل فقال: لأني لا أدري أنه للمولى أو للمكاتب ومعناه ما ذكرناه، وإن اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضاً؛ لأن الولاية لأحدهما وهو غير معلوم؛ فإن عفوا فعفوهما باطل، والقيمة واجبة للمكاتب، أما بطلان العفو، فأما عفو المولى فلأنه لا يملك كسب المكاتب، فلا يصح عفوه.

وأما عفو المكاتب فلأن القيمة قد وجبت على القاتل، فكان إبراء المكاتب تبرعاً منه، وأنه لا يملك التبرع، فَإِنْ قتل المولى مكاتبه عمداً أو خطأً فلا قصاص عليه في العمد بلا شك؛ لأن رقبته مملوكة له فيصير شبهة، سواء ترك وفاء أو لم يترك، لا يجب القصاص لما قلنا، غير أنه إن ترك وفاء، فعلى المولى قيمته يقضي بها كتابته.

وكذلك لو قتل ابنه؛ لأن القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية، فسقط عنه قدر ماله من الكتابة، لأنَّ الأصل أن كل ديتين التقيا من جنس واحد في الذمة، وليس في إسقاطه إبطال العقد، ولا استحق قبضه في المجلس ـ فإنه يصير أحدهما بالآخر قصاصاً، وما بقي يكون لوارثه لا للمولى، لأنه قاتله فلا يرثه، وإنما يصير ذلك قصاصاً إذا حل أجل الدية؛ لأن القيمة وجبت عليه بالقتل مؤجلةً.

وَلَوْ قتل عبد المكاتبة رجلاً خطأ يقال للمكاتب: ادفعه أو أفده بالدية، لأن العبد من تجارته وكسبه، فكان التدبير إليه، كعبد المأذون جنى جناية خطأ؛ أنه يخير المأذون بين الدفع والفداء، فالمكاتب أولى، بخلاف نفس المكاتب إذا جنى أنه يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، لأن نفس المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه، وَإِذَا لم تحتمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار، فصار كما لو أعتق نفس العبد الجاني من غير علمه بالجناية، وثمة يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، كذا هٰهنا، ويؤخذ المكاتب بأسباب الحدود الخالصة ونحوها؛ كالزنا والسرقة والشرب والسكر والقذف، لا القن؛ لأنه مأخوذ بها، فالمكاتب أولى، ولا يقطع في سرقته من مولاه لأنه عبده.

وكذا لا يقطع في سرقته من ابن[1] مولاه، ولا من امرأة مولاه، ولا من كل ذي رَحِمٍ محرمٍ من مولاه، لأن واحداً من هؤلاء لو سرق حق[2] المولى لا يقطع، فكذا مكاتبه.

وكذا لو سَرَقَ واحدٌ مِنْ هؤلاء من المكاتب لا يقطع، لأن واحداً منهم لو سرق من المولى لا يقطع، فكذا إذا سرق من المكاتب، ولو سرق منه أجنبي يقطع بخصومته، لأن المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه، فكان له حق الخصومة كالحر، فيقطع بخصومته.

---

(١) في أ: أبي.
(٢) في أ: من.

ويصح من المولى دعوة[١] نسب ولد أمته المكاتبة إذا لم يكن له نسب معروف، صدقته المكاتبة أو كذبته، جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر، لما ذكرنا فيما تقدم أنه ادعى نسب ولد جارية مملوكة/ له رقبة، فكان ولدها مملوكاً له أيضاً، ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت بالدعوة من غير حاجة إلى التصديق. ٢/٢٠٨ب

ثم الأمة بالخيار إن شاءت عجزت نفسها، وإن شاءت مضت على الكتابة، فإن مضت على الكتابة فلها العقر إن كان العلوق في حال الكتابة، بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة، لأنها أحق بمنافعها ومكاسبها، والمولى كالأجنبي عنها، والعقر بدل منافع بضعها فيكون لها، وإن عجزت نفسها وصارت أم ولد له سقطاً للعقر.

هذا إذا استولد مكاتبته، فإن دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار إن شاء نقض الكتابة، وإن شاء مضى عليها لتوجه العتق إليه من جهتين[٢] فكان له الخيار، فإن مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث، فقد ذكرنا الاختلاف فيما تقدم.

ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب، وليس له نسب معروف، وقد علقت به في ملك المكاتب، صحت دعوته لما قلنا، ويحتاج فيه إلى تصديق المكاتب استحساناً، وقد ذكرنا هذا في «كتاب الاستيلاد»، ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة، لأنه دين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء، خلافاً لابن أبي ليلى هو يقول بأنه دينٌ فتصح الكفالة [به][٣] كسائر الديون.

ولنا أنَّ حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما في ذمة الأصيل، وهذا لا يتحقق هٰهنا، لأن الثابت في ذمة الأصيل دين يحبس به ودين الكتابة[٤] لا يحبس به، فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما في ذمة المكفول عنه، فلا يتحقق حكم الكفالة، بخلاف سائر الديون.

وأما الذي يتعلق بأداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب، ولا يعتق إلا بأداء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء، وهو قول زيد بن ثابت - رضي الله عنه -، وقال علي - رضي الله تعالى عنه - يعتق بقدر ما أدى ويبقى الباقي رقيقاً، وقال ابن مسعود - رضي الله عنه - إِذا أعطى مقدار قيمته عتق، ثم يصير بمنزلة الغريم، وقال عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - إذا كاتب العبد مولاه فهو غريمٌ مِنَ الغرماء - وهذا يدل على أن مذهبه أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة، وقد روى محمد بن الحسن عن شريح مثل ذلك.

---

(١) في ط: وغيره.
(٢) في أ: وجهين.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ط.

وجه قول علي ـ كرم الله وجهه ـ إن المكاتبة عقد معاوضة، فإذا أدى العبد بعض بدل الكتابة إلى المولى، فقد ملك المولى ذلك القدر، فلو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل، وهذا لا يجوز.

وجه قول عبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنه ـ أن قيمة العبد ماليته[1] فلو عتق بأداء ما هو أقل من قيمته لتضرر به المولى، وإذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى.

وجه قول ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين، ولا يجب للمولى على عبده دين، ولأن الكتابة إعتاق على مال، ومن أعتق عبده على مال وقبل العبد عتق، والمال دين عليه؛ كذلك هٰهنا.

وجه قول زيد بن ثابت ـ رضي الله عنه ـ قول النبي ـ ﷺ ـ: **«المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِي عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»**[2] وهذا نَصٌّ في الباب، ولأن المولى علق عتقه بأداء جميع بدل الكتابة، فلا يعتق ما لم يؤد جميعه، كما لو قال لعبده: إذا أديت إليَّ ألفاً فأنت حر، أنه لا يعتق ما لم يؤد جميع الألف، كذا هٰهنا.

ثم العتق كما يثبت بأداء بدل الكتابة يثبت بأداء العوض عن بدل الكتابة، لأنَ عوض الشيء يقوم مقامه ويسد مسده؛ كأنه هو، كما في البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين في ذمة العبد، وقضاء الديون يكون بأعواضها لا بأعيانها، وكذا يثبت بالإبراء لما نذكر.

ثم إذا أَدَّىٰ بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود في الكتابة، بأن ولد المكاتب ولد من أمة اشتراها لأنه صار مكاتباً تبعاً للأب، فيثبت فيه حكم الأصل، إلاَّ أن للمولى أن يطالب الأب دون الولد؛ لأنه لم يدخل في العقد مقصوداً، بل تبعاً، فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع، وكما يعتق المكاتب بالأداء من كسبه يعتق بالأداء من كسب ولده؛ لأن كسب الولد كسبه، فإذا أدى يعتق هو وولده؛ وكذا ولده المشترك في الكتابة وولد ولده وإن سفل، والوالدون وإن علوا إذا اشتراهم المكاتب يدخلون في الكتابة؛ كالولد المولود، سواء لا فرق بينهم إلا في فصل واحد، وهو أنه إذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشتري وللوالدين: إما أن تؤدوا الكتابة حالاً، وإلا رددناكم في الرق؛ بخلاف الولد المولود في الكتابة لما نذكر.

وأما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوي الرحم المحرم؛ كالأخ والعم والخال ونحوهم، فهل يدخلون في الكتابة، قال أبو حنيفة: لا يدخلون، وقال أبو يوسف ومحمد:

(١) في ط: مالية.

٢/٢٠٩أ يدخلون ويسعون/ على النجوم بمنزلة الوالدين والمولودين، والأصل عندهما أن كل من إذا ملكه الحر يعتق عليه، فإذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه ويقوم مقامه.

وجه قولهما: إن المكاتبة عَقْدٌ يفضي إلى العتق، فيعتبر بحقيقة العتق والحكم في الحقيقة هذا؛ فكذا في كسب الكسب المفضي إليه، ولهذا اعتبر بحقيقة العتق في الوالدين والمولودين؛ كذا هٰهنا.

ولأبي حنيفة أن الأصل ألا يثبت التكاتب رأساً؛ لأن ملك المكاتب ملك ضروري لكونه مملوكاً ما بقي عليه درهم، فلا يظهر في حق[1] التبرع والعتق، وإنما يظهر في حق حرية نفسه إلا أنَّ حرية ولده وأبويه في معنى حرية نفسه لمكان الحرية، ولم يوجد في سائر ذوي الرحم، فبقي الأمر فيهم على الأصل، وبدل القياس من وجه آخر يقتضي أن لا يدخل الولد؛ لأنه كسبه وحق الحرية لا يسري للأكساب ككسب أم الولد والمدبر، وإنما استحسنا الولاد بحكم الحرية، ولم يوجد، والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل في الكتابة، ويكون للمولى.

ولو اختلفا فقال المولى: ولد قبل العقد، وقالت المكاتبة: بعد العقد، ينظر إن كان الولد في يد المولى، فالقولُ قوله إنه انفصل قبل العقد، وإنْ كان في يد الأمة، فالقول قولُها ويحكم فيه الحال؛ كمن استأجر عبداً ومضت مدة الإجارة ثم اختلفا، فادعى المستأجر الآباق والمؤاجر يُنكر؛ أنه ينظر إن كان في الحال آبقاً، فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن في الحال آبقاً، فالقول قول المؤاجر.

وكذلك هذا في الطاحونة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه، فإن كان في الحال منقطعاً فالقولُ قولُ المستأجر، وإن كان جارياً فالقولُ قولُ المؤاجر، ولو تصادقا في الإباق والانقطاع، واختلفا في مدة الإباق والانقطاع، فالقول قول المستأجر، لأنه منكر وجوب الزيادة، وسواء كان الأداء في حال حياة العاقدين أو بعد موتهما، حتى لو مات المولى فأدى المكاتب إلى ورثته، عتق؛ لأن العقد لا ينفسخ بموت المولى بلا خلافٍ.

وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدي بدل الكتابة إلى المولى ويحكم بعتقه عندنا، وعند الشافعي: لا يعتق، ويسلم البدل للمولى بناء على أن عقد الكتابة لا ينفسخ بموت المكاتبة عندنا؛ كما لا ينفسخ بموت المولى، وعنده ينفسخ بموت المكاتب، وقد اختلف الصحابة - رضي الله عنهم - في المكاتَبِ إذا مات عن وفاء؛ أنه يموت حرًّا أو عبداً.

قال عَلِيٌّ - رضي الله عنه - وعبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - يموت حُرًّا فيؤدي بدل

---

(١) في أ: جواز.

كتابته ويحكم بحريته، وبه أخذ أصحابنا، وعن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أنه يموت عبداً[١]، والمال كله للمولى، وبه أخذ الشافعي.

وجه قول الشافعي: أنه لو عتق لا يخلو إما أن يعتق قبل موته، وإما أن يعتق بعد موته، لا سبيل إلى الأول، لأن العتق معلق بأداء البدل، والأداء لم يوجد قبل الموت، ولا سبيل إلى الثاني، لأن محل العتق قد فات، لأن محله الرق وقد فات بالموت، وإثبات الشيء في غير محله محالٌ، فامتنع القولُ بالعتق، ولا يقال إنه يعتق مستنداً إلى آخر جزء من أجزاء حياته، وهو قابل للعتق في ذلك الوقت؛ لأن الأصل فيما يثبت مستنداً أنه يثبت للحال ثم يستند.

ألا ترى أن من باع مال الغير توقف على إجازة المالك عندكم، فإن هلك المال ثم أجاز المالك لا تلحقه الإجازة؛ لأن الحكم يثبت عند الإجازة مستنداً، فيراعي قيام محل الحكم للحال، والمحل هٰهنا لا يحتمل العتق للحال، فلا يستند.

ولنا ما روي عن قتادة أنه قال: قلتُ لسعيد بن المسيب أن شريحاً قال في المكاتب إذا مات عن وفاء وعليه دينٌ: بدىء بدين الكتابة ثم بالدين، فقال سعيد: أخطأ شريحٌ وإن كان قاضياً، فإن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - يقول: إن المكاتب إذا مات عن وفاء وعليه دَيْنٌ بدىء بالدين، ثم بالكتابة،[٢] فاختلاف الصحابة - رضي الله عنهم - في الترتيب، دليل[٣] على اتفاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت.

فرواية قتادة تشير إلى إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - على ما قلنا، ومثله لا يكذب، فلا يعتد بخلاف الشافعي؛ لأن العتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى، إما صورة ومعنى بالاستيفاء، وإما معنى لا[٤] صورة بأخذ العوض أو الإبراء لا بصورة الأداء من المكاتب، لأن العتق يثبت من غير أداء أصلاً بأخذ المولى وبالإبراء، وقد سلم البدل للمولى، إما صورة ومعنى بالاستيفاء، وإما معنى لا صورة بالإبراء.

أما طريق الاستيفاء فلأن هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى ملك البدل وسلامته، وفي جانب المكاتب سلامة رقبته بالحرية وسلامة أولاده وإكسابه حال سلامة البدل للمولى، وفي الحال زوال/ يد المولى عنه وصيرورته أحق بمنافعه ومكاسبه، ٢/ ٢٠٩ب وقد ثبت الملك في البدل للمولى في ذمة العبد للحال، حتى لو تبرع عنه إنسان بالأداء وقبل المولى صَحَّ.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٣١ - ٣٣٢) كتاب المكاتب: باب موت المكاتب.

(٢) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٣٢) كتاب المكاتب: باب إفلاس المكاتب.

(٣) في ط: والميل.

(٤) في أ: بلا.

ولو أبرأه جاز الإبراء ويعتق، ولو أحال المكاتب [مولاه][١] على غريم له عليه دينٌ من إكسابه وقبل المولى، صَحَّ وعتق، وإذا ثبت الملك للمولى في البدل، كان ينبغي أن يزول المبدل عن ملكه، وهو رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة؛ إذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والرقبة كما في سائر المعاوضات من البيع والإجارة كما في الخلع والإعتاق على مال، إلاَّ أن الزوال لو ثبت هٰهنا للحال لبقي الدين في ذمة المفلس، ويتكاسل[٢] في الأداء فيتضرر به المولى فيمتنع الناس عن الكتابة، فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت السلامة وزوال المبدل على المولى إلا بسلامة البدل له على الكمال؛ نظراً للموالي وترغيباً لهم في عقد الكتابة، ونظراً للعبيد ليتوصلوا إلى العتق، فإذا جاء آخر حياته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته إلى أكسابه، كما في الحر، إلا أن الكسب قد لا يسلم له إما بالهلاك أو بأخذ الورثة، فإذا أدى ذلك إلى المولى فقد وجد الشرط، وهو سلامة البدل للمولى، فيسلم المبدل للمكاتب وهو رقبته له.

وأما الإبراء فهو أنه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البدل لعجزه عن الأداء بنفسه، وانتقل إلى المال خلفاً عن المطالبة عنه، فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصي القاضي، فإذا أدى النائب سقطت المطالبة عن النائب في آخر حياته، فيبرأ عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة في ذلك الوقت، فيعتق في ذلك الوقت، وقد خرج الجواب عَمَّا ذكره الشافعي لما ذكرنا أنَّ الشرط ليس هو من صورة الأداء، بل سلامة البدل صورة ومعنى بالاستيفاء أو معنى الإبراء، وقد حصل.

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قال: إن العتق يثبت بعد الأداء مقصوراً عليه؛ ويبقى حيًا تقديراً لإحراز شرف الحرية؛ كما يبقى المولى حيًا بعد الموت تقديراً لإحراز شرف[٣] الكتابة، ويثبت العتق فيه وهو مثبت حقيقة ويقدر حيًا على اختلاف طريق أصحابنا في ذلك، على ما عرف في الخلافيات.

وَلَوْ مات المكاتب وترك وفاء وأولاداً أحراراً بأنْ ولدوا من امرأة حرة يؤدي بدل كتابته وما فضل يكون ميراثاً بين أولاده الأحرار، لأن المكاتب يعتق في آخر جزء من حياته، ثم يموت فيموت حرًا فيرث منه أولاده الأحرار؛ وكذلك أولاده الذين ولدوا في الكتابة، لأنهم صاروا مكاتبين تبعاً له، فإذا عتق هو في آخر حياته يعتقون هم أيضاً تبعاً له، فإذا مات هو فقد مات حرًا وهم أحرار فيرثونه، وكذا أولاده الذين اشتراهم في الكتابة ووالداه لما قلنا، وكذا ولده الذي

(١) سقط من ط.
(٢) في ط: ويتكامل.
(٣) في أ: بدل.

كوتب معه كتابة واحدة؛ لأنه عتق معه في آخر حياته فيرثه، وأما ولده الذي كاتبه كتابة على حدة لا يرثه، لأنه لا يعتق بعتقه فيموت حرًّا، وولده مكاتب والمكاتب لا يرث الحر.

ولو مات وترك وفاء وعليه دينٌ أجنبي ودين المولى غير الكتابة، وله وصايا من تدبيره وغير ذلك، وترك ولداً حُرًّا، أو ولداً ولد له في الكتابة من أمته - يبدأ بدين الأجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة، والباقي ميراث بين سائر أولاده، وبطلت وصاياه، أما بطلان وصاياه فلوجهين: **(أحدهما)**: يخص التدبير، **(والثاني)**: يعم سائر الوصايا.

أما الأول: فلأ المدبر يعتق بموت السيد، والمكاتب ليس من أهل الإعتاق.

وأما الثاني فلأنه إذا أدى عنه بعد الموت فإنه يحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، وذلك زمان لطيف لا يسع الوصية، ثم انتقل الملك إلى الوارث والملك للموصى له يثبت بعقد الوصية الذي هو فعله، فإذا لم يتسع الوقت له لا يمكن إثباته بخلاف الميراث، لأن الملك ينتقل إلى الورثة من غير صنع العبد، وإذا بطلت الوصايا بقيت الديون.

وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الأجنبي؛ لأن الأصل في الديون المتعلقة بالتركة أنه يبدأ بالأقوى فالأقوى، كما في دين الصحة مع دين المرض، ودين الأجنبي أقوى من دين المولى؛ لأنه [لا يبطل بالرق ودين المولى يبطل به ألا ترى أنه لو عجز ورد في الرق بطل][1] دين المولى، ولا يبطل دين الأجنبي بل يباع فيه، فيبدأ بدين الأجنبي، ثم ينظر في بقية التركة، فإن كان فيها وفاء بدين المولى وبالكتابة بدىء بدين المولى ثم بالكتابة، لأن دين المولى أقوى من دين الكتابة، بدليل/ أنه تصح الكفالة به، ولا تصح بدين الكتابة. ٢/ ٢١٠أ

وكذا المكاتب يملك إسقاط دين المكاتبة عن نفسه قصداً بأن يعجز نفسه، ولا يملك إسقاط دين المولى قصداً، بل يسقط ضرورة بسقوط الكتابة، فكان دين المولى أقوى فيقدم على دين الكتابة، وإنْ لم يكن في التركة وفاء بالديون جميعاً بدىء بدين الكتابة، لأنه لو بدىء بقضاء دين المولى لبطل القضاء؛ لأنه إذا قضى ذلك فقد صار عاجزاً، فيكون قد مات عاجزاً فتبطل الكتابة، فلم يصح القضاء، لأنه بالعجز صار قنًّا، ولا يجب للمولى على عبده القن دين، وَلَيْسَ في البداءة بقضاء دين الكتابة إبطال القضاء، فيكون أَوْلَىٰ، فيبدأ بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى في ذمته، فربما يستوفي منه إذا ظهر له مال، وما فضل عن هذه الديون فهو ميراث لأولاده الأحرار من امرأة حرة، ولأولاده المولودين في الكتابة؛ لأنهم عتقوا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، فيرثون كالحر الأصل.

(١) سقط من ط.

ولو مات وترك وفاء وعليه: دينٌ، وجناية، ومكاتبة، ومهر، وأولاد أحرار من امرأة حرة، وأولاد ولدوا في الكتابة من أمته، وأولاد اشتراهم - يبدأ بالدين، ثم بالجناية، ثم بالكتابة، ثم يكون الباقي ميراثاً لجميعهم؛ لأن الدين أولى[1] من الكتابة لما بينا، ثم ينظر إلى ما بقي من المال فإن كان فيه وفاء بالكتابة، فإنه يبدأ بالجناية لأنه إذا كان به وفاء بالجناية صار كأن المكاتب قنٌّ، فيقضي عليه بالجناية، ومتى قضى عليه بالجناية يصير عاجزاً إذا لم يكن في الباقي وفاء، وإن لم يكن في المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالجناية[2] أو لم يكن - فقد مات المكاتب عبداً وبطلت الجناية؛ لأنه لا حق لصاحب الجناية في مال العبد، وإنما كان حقه في الرقبة وقد فاتت الرقبة، وهذا إذا كان القاضي لم يقض بالجناية في حال حياته، فإن كان القاضي قضى عليه بالجناية، صار حكمه حكم سائر الديون.

وَأَمَّا المهر فإن كان تزوج نكاحاً صحيحاً بإذن المولى، فحكمه حكم سائر الديون، وإن كان النكاح بغير إذن المولى لا يجب للمرأة شيءٌ ما لم يقض سائر الديون والجناية والكتابة، فإن فضل شيء يصرف إلى المهر؛ لأن في النكاح الفاسد إنما يتبع[3] بالمهر بعد العتاق، لأنه لا يصح في حق المولى، فإذا زال حق المولى فحينئذٍ يؤاخذ به، فإن أديت كتابته وحكم بحريته وحرية أولاده، صار الباقي ميراثاً لأولاده كلهم، لأنهم عتقوا بعتقه.

وكذلك إن كان الابن مكاتباً معه، لأنهم عتقوا في زمان واحد، وإن كاتب الابن مكاتبة على حدة، لا يرث منه؛ لأنه لا يعتق بعتقه ولا يستند عتقه في حقه، فلا يرث منه.

وإن مات المكاتب من غير وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة؛ بأن ولدت أمته التي اشتراها بأن كان المكاتب تزوج أمة إنسان بإذن مولاه، فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها، أو المكاتبة ولدت من غير مولاها - فإنه يسعى في الكتابة على نجوم أبيه ولا يبطل الأجل؛ لأنه إذا مات لا عن وفاء، فقد مات عاجزاً، فقام الولد مقامه كأنه حَيٌّ، ولو كان حيًّا حقيقة، لكان يسعى على نجومه، فكذا ولده بخلاف ما إذا مات عن وفاء؛ لأنه مات قادراً فيؤدي بدل الكتابة للحال، ولا يؤخر إلى أجله، بل يبطل الأجل، لأن موت من عليه الدين يبطل الأجل في الأصل؛ كما في سائر الديون، وليس هٰهنا أحد يقوم مقامه حتى يجعل كأنه حَيٌّ، وإذا أدى السعاية عُتق أبوه وهو.

وأما ولده المشتري في الكتابة، فإنه لا يسعى على نجومه، بل يقال له: إما أن تؤدي السعاية حالاً، أو ترد إلى الرق، ولا يقال ذلك للمولود في الكتابة، بل يسعى على نجوم أبيه

(١) في ط: أقوى.
(٢) في ط: بالخيار.
(٣) في أ: يمتنع.

ولا يرد إلى الرق، إلا إذا أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف، وإنما كان ذلك لأن دخول الولد في الكتابة بطرق التبعية، وتبَعية الولد المولود في الكتابة أشد من تبعية المشتري في الكتابة، لأن تبعيته باعتبار الجزئية، والجزئية في الولد المولود في الكتابة حصلت في العقد، فكان بمنزلة المكاتب نفسه، والحكم في المكاتب على ما ذكرنا، فكذا فيه، ولا كذلك الولد المشتري، لأن جزئته ما حصلت في العقد فانحطت درجته عنه، فلا بد من إظهار ذلك في الحكم ترتيباً للأحكام على مراتب الحجج في القوة والضعف.

وذكر القاضي في شرح الكافي الخلاف في المسألة، وجعل ما ذكرنا قول أبي حنيفة، وأما على قولهما فالولد المشتري والولد المولود سواءٌ.

وجه قولهما إن التكاتب على الولد المولود لمكان التبعية وهي موجودة في المشتري، وجواب أبي حنيفة عن هذا أن معنى/ التبعية في المولود أقوى منه في المشتري، فلا يصح القياس. ٢/ ٢١٠ب

ولو مات من غير وفاء وترك الديون التي ذكرنا، فالخيار في ذلك إلى الولد يبدأ بأي ذلك شاء؛ لأن المكاتب إذا لم يترك وفاء صار التدبير إلى الولد، لأنه يقضي من كسبه فيبدأ بأيِّ ذلك شاء، فإن أخلَّ بنجم أو بنجمين على الاختلاف يرد في الرق، ولو كان بعض أولاده غائباً وبعضهم حاضراً فعجز الحاضر، لا يرد في الرق حتى يحضر الغائب، لجواز أن الغائب يحضر فيؤدي.

وَلَوْ مَاتَ المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك أم ولد، فإن لم يكن معها ولد بيعت في المكاتبة، وإن كان معها ولد استسعت فيها على الأجل الذي كان للمكاتب، صغيراً كان ولدها أم كبيراً، بناء على أن المكاتب إذا اشترى أم ولد وليس معها ولد؛ فإنها لا تدخل في مكاتبته، وكان له أن يبيعها عند أبي حنيفة.

وكذا الموالاة عندهما تدخل في مكاتبته، فكذلك بعد موته تكون بمنزلته لما دخلت في الكتابة، وإذا كان معها فإنها تتبع ولدها في الكتابة عند أبي حنيفة.

ولا يجوز بيعُها، فكذا بعد الموت إذا كان معها ولد ولدته في الكتابة ويصير كأنه قائم، لأن الابن قام مقامه، وعلى قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه.

وجه قولهما: إنها إنما تسعى لأن عتاق الاستيلاد بمنزلة عتاق النسب، فلا يبطل بموت الولد، فكان حالها بعد موت الولد وقبله واحداً.

ولأبي حنيفة أنه لا وراثة بينه وبينها، وإنما دخلت في كتابته لكتابة ولدها تبعاً، فإذا مات الولد بطلت كتابتها، لأنه كتابة الولد بطلت بموته، فيبطل ما كان تبعاً له، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ولو ولدت المكاتبة ولداً واشترت ولداً ثم ماتت سعيًا في الكتابة على النجوم، والذي يلي الأداء المولود في الكتابة، وهذا بناء على أن المولود في الكتابة يقومُ مقامَ المكاتب، والولد المشتري لا يقوم مقامه على الاتفاق أو على الاختلاف، إلا أنه يسعى تبعاً للولد المولود في الكتابة، فلا تجب عليه السعاية.

ألا ترى أن محمداً ذكر في الأصل فإن قلت: فلا يجب على الآخر شيء من السعاية قال: لأنها لو لم تدع غيره بيع إلا أن يؤدي الكتابة عاجلاً، وإنما قلنا إن الذي يلي الأداء هو الولد المولود في الكتابة لما ذكرنا أن الولد المشتري لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبي حنيفة والمكاتبة، ولو كانت حية لكانت تملك كسب ولدها المشتري، فكذا الذي يقوم مقامها، وإن سعى المشتري فأدى الكتابة لم يرجع على أخيه بشيء، لأنه أدى الكتابة من كسب الأم؛ لأن كسب الولد[1] المشتري للأم، فإذا أدى الكتابة من كسبه فقد أدى كتابة الأم، وكسبه لها فلا يرجع، ولما ذكرنا أن الولد المولود قائم مقامها، ولو كانت الأم باقية فأدى الولد المشتري فعتقت الأم، لم يرجع عليه بشيءٍ؛ كذا هذا.

وكذا الولد المولود في الكتابة لو سعى وأدى لم يرجع على المشتري بشيء من هذا المعنى، وقال بعضهم: هذا إذا أدى المولود في الكتابة من مال تركته الأم، فأما إذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه، فإنه يرجع بنصفه على المشتري، ولم يذكر في الأصل حكم المولود في الكتابة، وإنما ذكر حكم المشتري أنه إذا أدى لا يَرْجِعَ.

ولو اكتسب هذا الابن المشتري كسباً، كان لأخيه أن يأخذه ويستعين به في كتابته، لما ذكرنا أن الولد المولود قائمٌ مقامَ الأمِّ، وهي لو كانت قائمة لكانت تملك أخذ كسب المشتري، وكذا من يقوم مقامها، وكذا إذا أراد أن يسلمه في عمل ليأخذ كسبه فيستعين به في مكاتبته، كان له ذلك.

وكذلك لو أمره القاضي أن يؤاجر نفسه أو أَمَرَ أخاه أن يؤاجره ويستعين بأجره على أداء الكتابة، كان ذلك جائزاً، لأنه يمنزلتها وما اكتسب الولد المولود في الكتابة بعد موت أمه قبل الأداء، فهو له خاصَّة، لأنه داخل في كتابة الأم وقائم مقامها، فما اكتسبه يكون له وما يكتسب أخوه حسب من البركة، فتقضي منه المكاتبة، والباقي منه ميراث بينهما.

والفرق بينهما أن الولد المولود في الكتابة قام مقامها، فكان حكمها كحكمه وكسب المكاتبة لها، كذا كسب ولدها، وأما الولد المشتري فلم يقم مقامها غير أنه كسبها بجميع ما اكتسبه، فيصير كأنها ماتت عن مال.

---

(١) في ط: أم الولد.

ولو ماتت عن مال تؤدي منه كتابتها والباقي ميراثاً بينهما؛ كذا هذا، وقيل هذا كله قول أبي حنيفة، فأما على قولهما: فالولدان يقومان مقامها، ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه، لأن كل واحد منهما لو كان منفرداً لقام مقام المكاتبة، ويسعى على النجوم عندهما/ ٢/ ٢١١أ فكذا إذا اجتمعا لم يكن أحدهما بِأَوْلَىٰ من الآخر، والله - عَزَّ وجَلَّ - الموفق.

وأما الفاسدة وهي التي فاتها شيءٌ من شرائط الصحة، وهي ما ذكرنا فيما تقدم، فلا يثبت بها شيء من الأحكام المتعلقة بما قبل الأداء، لأن الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شيء مما كان للمالك عليه قبل عقد المكاتبة[1] فكان الحال بعد العقد كالحال قبله.

وأما الحكم المتعلق بالأداء وهو العتق، فالفاسد فيه كالصحيح حتى لو أدى يعتق، لأَنَّ الفاسد من العقود[2] عند اتصال القبض كالصحيح على أصل أصحابنا، ونفس المكاتب في قبضته، إلا أن في الكتابة الفاسدة إذا أدى يلزمه قيمة نفسه، في الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى، لما عرف أن الأصل أن يكون الشيء مضموناً بالمثل، والقيمةُ هي المثل؛ لأنها مقدار ماليته وإنما المصير إلى المسمى عند صحة التسمية تحرزاً عن الفساد لجهالة القيمة، فإذا فسدت فلا معنى للتحرز، فوجب الرجوع إلى الأصل وهو القيمة كما في البيع ونحوه.

وكذا في الكتابة الفاسدة للمولى أن يفسخ الكتابة بغير رضا العبد ويرده إلى الرق، وليس له أن يفسخ في الصحيحة إلا برضا العبد، وللعبد أن يفسخ في الصحيح والفاسد جميعاً بغير رضا المولى؛ لما ذكرنا أن الفاسدة غير لازمة في حقهما جميعاً، والصحيحة لازمة في حق المولى غير لازمة في حق العبد، ثم إذا أدى في الكتابة الفاسدة ينظر إلى المسمى وإلى قيمة العبد أيهما أكثر، على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم، وسواء كان الأداء في حياة المولى أو بعد موته إلى ورثته استحساناً، والقياس أن لا يعتق بالأداء إلى الورثة.

وجه القياس: أن العتق في الكتابة الفاسدة يَقَعُ من طريق التعليق بالشرط؛ لأن في الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين، فإذا فسدت بطل معنى المعاوضة فبقي معنى اليمين، واليمين تبطل بموت الحالف، ولأن الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى، وإذا بقي ملكه فإذا مات قبل الأداء انتقل إلى ورثته، فلا يعتق بالأداء.

وَجْهُ الاستحسان: أَنها مع كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق التعليق بالشرط، بدليل أنه يجب فيها القيمة، ولو كان العتق فيها بمحض اليمين، لكان لا يجب فيها شيء؛ لأن القيمة لم تدخل تحت اليمين، وكذا الولد

(١) في ط: عنه إلى المكاتب.

(٢) في ط: العقد.

المنفصل، ومعلوم أن الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت اليمين، فثبت أن فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها، فثبت العتق فيها من طريق المعاوضة.

وأما قوله إن ملك المولى لا يزول في الكتابة الفاسدة، فنعم؛ لكن قبل قبض البدل، فأما بعد القبض فإنه يزول ذلك عند الأداء.

ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولداً ثم أدت، عتقت وعتق ولدها معها، لما ذكرنا أن الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به، والأولاد يدخلون في الكتابة الصحيحة؛ كذا في الفاسدة، فإن ماتت الأم قبل أن تؤدي لم يكن عمل ولدها أن يسعى، لأن الولد قائم مقام الأم، ثم الأم لا تجبر على السعاية كذلك الولد، لكنه إذا سعى فيما على أمه يعتق استحساناً.

والقياس ألا يعتق، وهو على ما ذكرنا فيما إذا مات المولى فأدت المال إلى ورثته تعتق استحساناً، والقياس أن لا تعتق.

وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد، فلا يثبت بها شيء من الأحكام، لأن التصرف الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة، كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالأداء إلا إذا نص على التعليق، بأن قال: إن أديت إلَيَّ ألفاً فأنت حر، فأدى، يعتق لكن لا بالمكاتبة، بل بالتعليق بالشرط، ولا يلزمه شيءٌ كما في التعليق بسائر الشروط.

فصل في بيان ما تنفسخ به الكتابة

وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة، فإنها تنفسخ بالإقالة لأنها من التصرفات المحتملة للفسخ، لكون المعاوضة فيها أصلاً، فتجوز إقالتها كسائر المعاوضات؛ وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا المولى؛ بأن يقول: فسخت المكاتبة أو كسرتها، سواء كانت فاسدة أو صحيحة؛ لما ذكرنا أنها وإن كانت صحيحة فإنها غير لازمة في جانب العبد نظراً له، فيملك الفسخ من غير رضا المولى، والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب؛ لأنها عقد لازمٌ في جانبه.

وهل تنفسخ بالموت؟ أما بموت المولى فلا تنفسخ بالإجماع؛ لأنه إن كان له كسب فيؤدي إلى ورثة المولى، وإن لم يكن في يده كسب فيكتسب ويؤدي فيعتق، فكان في بقاء العقد فائدة فيبقى، وإن عجز/ عن التكسب يزول إلى الرق كما لو كان المولى حيًّا. ٢/٢١١ب

وإذا مات المولى فأدى المكاتب مكاتبته أو بقية منها إلى ورثته وعتق، فولاؤه يكون لعصبة المولى، لأن الولاء لا يورث من المعتق بعد موته، لما نذكر في كتاب الولاء، إن شاء الله تعالى.

وإن عجز بعد موت المولى فرد إلى الرق ثم كاتبه الورثة كتابة أخرى، فأدى إليهم وعتق فولاؤه للورثة على قدر موارثتهم، لأنه عتق بإعتاقهم، فكان ماله ميراثاً بينهم، إذ الولاء يورث به إن كان لا يورث نفسه.

وأما بموت المكاتب فينظر إن مات عن وفاء لا ينفسخ عندنا؛ خلافاً للشافعي.

وَإن مات لا عن وفاء ينفسخ بالإجماع، لأنه مات عاجزاً، فلا فائدة في بقاء العقد، فينفسخ ضرورة، ولا ينفسخ بردة المولى؛ بأن كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لأنها لا تبطل بموت المولى حقيقة، فبموته حكماً أَوْلَىٰ أن لا ينفسخ، ولهذا لا تبطل سائر عقوده بالردة، كذا المكاتبة، فإن أقر بقبض بدل الكتابة وهو مرتد ثم أسلم، جاز إقراره في قولهم.

وإن قتل أو مات على الردة لم يجز في قول أبي حنيفة إذا لم يعلم إلاَّ بقوله بناء على أن تصرفات المرتد غير نافذة عنده، بل هي موقوفة، وَإن علم ذلك بشهادة الشهود، جاز قبضه.

وكَذَا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ما وليه من التصرفات، كذا ذكر في الأصل، لأن ردته بمنزلة عزل الوكيل، فيملك قبض الديون التي وجبت بعقده، كالوكيل المعزول في باب البيع، أنه يملك قبض الثمن بعد العزل.

ذكر في موضع آخر: [أنه][1] لا يجوز قبض المرتد؛ لأنه إنما يملك لكونه من حقوق العقد، وحقوق هذا العقد وهو المكاتبة لا يتعلق بالعاقد، فلا يملك القبض؛ بخلاف البيع.

وأما على أصلهما فإقراره بالقبض جائز، لأن تصرفاته نافذة عندهما، فإن لم يقبض شيئاً حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثاً بين ورثته، فأخذوا الكاتبة ثم رجع مسلماً، فولاء العبد له؛ لأن ردته مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته، ولو دفع إلى الورثة بعد موته كان الولاء له، كذلك هذا، ويأخذ من الورثة ما قبضوه منه إن وجد بعينه، كما في سائر أملاكه التي وجدها مع الورثة بأعيانها؛ لأن الوارث إنما قبض بتسليط المورث، فصار بمنزلة الوكيل، والله - عزَّ وجلَّ - أعلم.

---

(١) في ط: و.

كِتَابُ الوَلاَءِ[1]

الولاءُ نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة.

أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعاً؛ عرفنا ذلك بالسنة وإجماع الأمة والمعقول.

أما السنة: فقول النبيّ ـ ﷺ ـ: **«الوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»** وهذا نَصٌّ، ورُوِيَ أن رجلاً اشترى عبداً فأعتقه، فجاء به إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال: يا رَسُولَ الله، إني اشتريت هذا فأعتقته، فقال ـ ﷺ ـ: **«هُوَ أَخُوكَ وَمَوْلاَكَ، فَإِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثاً كُنْتَ أَنْتَ عصبَتُهُ»**[2] والاستدلال به من وجهين:

أحدهما: أنه جعله عصبةً إذا لم يترك وارثاً آخر.

---

(١) **الولاء لغة**: من آثار العتق، مأخوذ من الولي بمعنى القرابة، يقال: بينهما ولاء، أي: قرابة حكمية حاصلة من العتق، أو الموالاة، وفيه قوله عليه السلام «الولاء لحمة كلحمة النسب»، وقيل: الولاء والولاية بالفتح النُصرة وفي الصحاح: الولاء ولاء المعتق، وفي الحديث: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته» والولاء: الموالون. والمولاةُ ضد المعاداة، والمعاداة والعداوة بمعنى واحد.
انظر: الصحاح ٦/ ٢٥٣٠.
اصطلاحاً:
عرفه الحنفية بأنه: التناصر سواء كان بالإعتاق، أو بعقد الموالاة، وأيضاً بأنه تناصر يوجب الإرث والعقل. والولاء عند الحنفية نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة.
عرفه الشافعية بأنه: عصوبة ناشئة أخوية حدثت بعد زوال ملك متراخية عن عصوبة النسب تقتضي للمعتق، وعصبته الإرث، وولاية النكاح، والصلاة عليه والعقل عنه.
عرفه المالكية بأنه: لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب.
وعرفه الحنابلة بأنه: ثبوت حكم شرعي بعتق أو تعاطي.
انظر: شرح فتح القدير ٩/ ٢١٨، الاختيار ٣/ ٢١١، نهاية المحتاج ٨/ ٣٩٤، الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤١٥، الشرح الصغير ٤/ ١٧٧، كشاف القناع ٤/ ٤٩٨.

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٦) كتاب الولاء: باب ما يستدل به على نسخ آية المعاقدة عن معاوية بن إسحاق مرسلاً.

والثاني: أنه ـ ﷺ ـ جعل المعتق مولى المعتق بقوله ـ ﷺ ـ: **«هُوَ أُخُوكَ وَمَوْلاَكَ»** ولا يكون مولاه إلا وأن يكون ولاؤه له، ونظير هذا الاستدلال استدلالنا بقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿والله خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ [الصافات: ٩٦] على تقدير تسليم إرادة المعمول من قوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَمَا تَعْمَلُونَ﴾ في إثبات خلق الأفعال[١] من الله ـ تبارك وتعالى ـ، أخبر ـ سبحانه ـ أنه خلقهم وخلق معمولهم، ولا معمول بدون العمل، فيدل على كون مخلوق الله ـ عزَّ وجلَّ ـ، وقوله ـ ﷺ ـ: **«إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ»** لأنَ المعتق لما أنعم الله عليه بالإعتاق فقد وجب عليه الشكر، فإذا شكره فقد أدى ما وجب عليه، فكان خيراً له.

وقوله ـ ﷺ ـ: **«وَشَرٌّ لَكَ»** لأنه قد وصل إليه شيء من العوض، فأوجب ذلك نقصاناً في الثواب، لأنه يصير كأنه أعتقه على عوض، فكان ثوابه أقل ممن أعتق ولم يصل إليه على إعتاقه عوض دنيوي أصلاً ورأساً.

وقوله ـ ﷺ ـ: **«وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ»** لأن إعتاقه إذا خلى عن عوض دنيوي يتكامل ثوابه في الآخرة.

وقوله ـ ﷺ ـ: **«وَشَرٌّ لَهُ»** لأن شكر النعمة واجب عقلاً وشرعاً، فإذا لم يشكره فقد ترك الواجب، فكان شرًا له.

وَرُوِيَ أن معتق بنت حمزة ـ رضي الله عنه ـ مات وترك بنتاً فجعل رسولُ الله ﷺ نصفَ ماله لابنته، والنصفَ لابنةِ حَمْزَةَ[٢].

وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ وعليٍّ، وعبد الله بن مسعود، وأبي بن كعب، وزيد بن ثابت، وأبي مسعود الأنصاري، وأسامة بن زيد ـ رضي الله عنهم ـ أنهم قالوا: «الوَلاَءُ للكبرِ»[٣] فاتفاق هؤلاء النجباء من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ على لفظ واحدٍ دليلُ سماعهم ذلك عن رسول الله/ ﷺ مع ما أن هذا حكم لا يُدْرَكُ بالقياسِ، فالظاهر قول السماع، وسيأتي تفسير هذا الحديث في أثناء المسائل، وإن شاء الله تعالى. ٢/٢١٢أ

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على ثبوت هذا الولاء.

---

(١) في أ: العباد.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٧٣٤). وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٣٠٢) كتاب الولاء: باب المولى المعتق إذا مات.
وقال البيهقي: هذا مرسل وقد روي من أوجه أخرى مرسلاً وبعضها يؤكد بعضاً.
وينظر نصب الراية (٤/١٥٠).

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٣٠٣) كتاب الولاء: باب الولاء للكبر من عصبة المعتق.

وأما المعقول فمن وجوه:

أحدها: أن الإعتاق إنعامٌ، إذ المعتق أنعم على المعتق بإيصاله إلى شرف الحرية، ولهذا سمي المولى الأسفل مولى النعمة في عرف الشرع؛ وكذا سماه الله ـ تعالى ـ إنعاماً، فقال ـ عزَّ وجلَّ ـ في زيد مولى رسول الله ـ ﷺ ـ: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] قيل في التفسير: أنعم الله عليه بالإسلام وأنعمت عليه بالإعتاق، فجعل كسبه عند استغنائه عنه لمولاه شكراً لإنعامه السابق، ولهذا لا يرث المعتق من المعتق.

والثاني: أن المعتق في نصرة المعتق حال حياته، ولهذا كان عقله عليه، [لأن][1] عليه أن ينصره بدفع الظلم عنه وبكفه عن الظلم على غيره، فإذا جنى فقد قصر في أحد نوعي القصرة، وهو كفه عن الظلم على غيره، فجعل عقله عليه ضماناً للتقصير، فإذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاءً للنصرة السابقة.

والثالث: أن الإعتاق كالإيلاد من حيث المعنى، لأنَّ كل واحد منهما إحياء معنى فإن المعتق سبب لحياة المعتق باكتساب سبب الأهلية والمالكية والولاية التي يمتاز بها الآدمي عن البهائم، كما أن الأب سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة، وهو الإيلاد، ثم الإيلاد سبب لثبوت النسب، فالإعتاق يكون سبباً لثبوت الولاء كالإيلاد، وهذا معنى قول النبي ـ ﷺ ـ: **«الوَلاءُ لَحْمَةٌ كَلَحْمَةِ النَّسَبِ»**[2] والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في «كتاب الولاء» كما في «تلخيص الحبير» (٤/ ٢١٣) ومن طريقه الشافعي في «المسند» (٢/ ٧٢) كتاب العتق: باب المكاتب والولاء حديث (٢٣٧) والحاكم (٤/ ٣٤١) كتاب الفرائض: باب الولاء لحمة كلحمة النسب والبيهقي (١٠/ ٢٩٢) كتاب الولاء: باب من أعتق مملوكاً له، كلهم من طريق محمد بن الحسن الشيباني عن يعقوب بن إبراهيم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر به.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد.
وتعقبه الذهبي فلم يصححه.
وقال البيهقي عقب الحديث: قال أبو بكر بن زياد النيسابوري: هذا الحديث خطأ لأن الثقات لم يروه هكذا وإنما رواه الحسن مرسلاً ا.هـ وهذا المرسل أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٢) كتاب الولاء: باب من أعتق مملوكاً له.
قال الألباني في «الارواء» (٦/ ١١٠): وإسناد هذا المرسل صحيح وهو مما يقوي الموصول الذي قبله على ما يقتضيه بحثهم في المرسل من علوم الحديث فإن طريق الموصول غير طريق المرسل ليس فيه راو واحد مما في المرسل فلا أرى وجهاً لتخطئته بالمرسل بل الوجه أن يقوي أحدهما بالآخر ا هـ.
وللحديث طرق أخرى عن ابن دينار عن ابن عمر. =

....

= وقد خولف محمد بن الحسن في هذا الحديث خالفه بشر بن الوليد فرواه عن يعقوب بن إبراهيم عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر.
أخرجه ابن حبان في صحيحه كما في «الجوهر النقي» (١٠/ ٢٩٣) وتوبع بشر على هذه الرواية فقال ابن التركماني: وتابع بشراً على ذلك محمد بن الحسن فرواه عن أبي يوسف كذلك قال البيهقي في كتاب المعرفة: ورواه محمد بن الحسن في كتاب الولاء عن أبي يوسف عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر ا هـ.
ومنه يظهر أن محمد بن الحسن الشيباني كان يرويه عن عبد الله بن دينار ومرة يدخل عبيد الله بن عمر بين يعقوب وعبد الله بن دينار.
وقد تابع بشراً أيضاً على هذه الرواية عبد الله بن نمير أخرجه ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٥٣) ثنا أبو زرعة قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير قال: حدثني أبي عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: الولاء لا يباع ولا يوهب.
٢ ـ وأخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٣) من طريق الطبراني ثنا يحيى بن عبد الباقي ثنا أبو عمير بن النحاس ثنا ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب.
قال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن سفيان إلا ضمرة.
وقال البيهقي: قد رواه إبراهيم بن محمد بن يوسف الفريابي عن ضمرة كما رواه الجماعة: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته»، فكأن الخطأ وقع من غيره.
٣ ـ أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢/ ٢٣٢) من طريق الحسن بن أبي الحسن المؤذن ثنا ابن أبي فديك ثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إنما الولاء نسب لا يصلح بيعه ولا شراؤه».
وقال ابن عدي: منكر الحديث عن الثقات ويقلب الأسانيد ـ أي الحسن بن أبي الحسن.
وقال: قوله عن نافع عن عبد الله لا أدري وهم فيه أو تعمد فأراد تقلب الإسناد وإنما أراد أن يقول عن نافع وعبد الله بن دينار.
وللحديث شواهد من حديث علي بن أبي طالب وعبد الله بن أبي أوفى.

حديث علي بن أبي طالب

أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٤) كتاب الولاء: باب من أعتق مملوكاً له من طريق سفيان عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن علي أن رسول الله ﷺ قال: الولاء بمنزلة النسب لا يباع ولا يوهب.

ـ حديث عبد الله بن أبي أوفى

أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٩٨٨) والطبراني كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٣٤) من طريق عبيد بن القاسم عن إسماعيل بن أبي خالد عن ابن أبي أوفى قال: قال رسول الله ﷺ: الولاء لحمة كلحمة النسب.
قال ابن عدي: لم يروه عن ابن أبي خالد غير عبيد.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني وفيه عبيد بن القاسم وهو كذاب.
وقول ابن عدي فيه نظر فقد رواه عن ابن أبي خالد أيضاً يحيى بن هشام السمسار.
أخرجه أبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (٢/ ٨) والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٢/ ٦١).
والسمسار كذبه ابن معين.

فبعد هذا يقع الكلام في مواضع: في بيان سبب ثبوته، وفي بيان شرائط الثبوت، وفي بيان صفة الثابت وكيفيته، وفي بيان قدره، وفي بيان حكمه، وفي بيان ما يظهر له.

أما سبب ثبوته: فالعتق، سواء كان العتق حاصلاً بصنعه وهو الإعتاق، أو ما يجري مجرى الإعتاق شرعاً؛ كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية، أو بغير صنعه[1] بأن ورث قريبه، وسواء أعتقه لوجه الله أو لوجه الشيطان، وسواء أعتقه تطوعاً أو عن واجب عليه، كالإعتاق عن كفارة: القتل، والظهار، والإفطار، والإيلاء، واليمين، والنذر.

وسواءٌ كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل، وهو الإعتاق على مال، وسوء كان منجزاً أو معلقاً بشرط أو مضافاً إلى وقت، وسواء كان صريحاً أو يجري مجرى الصريح، أو كناية أو يجري مجرى الكناية.

وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد، ويستوي فيه صريح التدبير والإعتاق والاستيلاد والكتابة، والأصل فيه قول النبي ﷺ: «**الوَلاءُ إِنْ أَعْتَقَ**» من غير فصلٍ.

وعلى هذا إذا أمر المولى غيره بالإعتاق في حال حياته أو بعد وَفَاتِهِ، أن الولاء للآمر، لأن العتق يقع عنه.

ولو قال لآخر: أعتق عبدك عني على ألف درهم، فأعتق، فالولاء للآمر، لأن العتق يقع عنه استحساناً.

والقياس أن يكون الولاء للمأمور، لأن العتق يقع عن المأمور وهو قول زفر.

وجه القياس: أنه أمر بإعتاق عبد الغير عن نفسه، وهذا لا يصح، لأن العتق لا يقع[2] بدون الملك ولا ملك للآمر، بل للمأمور، فكان العتق عنه.

ولنا أن الأمر بالفعل أمرٌ بما لا وجود للفعل بدونه، كالأمر بصعود السطح يكون أمراً بنصب السلم، والأمر بالصلاة يكون أمراً بالطهارة؛ ونحو ذلك، ولا وجود للعتق عن الآمر بدون ثبوت الملك، فكان أمر المالك بإعتاق عبده عنه بالبدل المذكور أمراً بتمليكه منه بذلك البدل، ثم بإعتاقه عنه تصحيحاً لتصرفه، كأنه صرح بذلك، فقال: بعه مني، وأعتقه عني ففعل.

ولو قال: أُعتق عبدك عني، ولم يذكر البدل، فأعتق، فالولاء للمأمور في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن العتق عنه، وعند أبي يوسف هذا والأول سواءٌ، وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسألة الأولى.

---

(١) في أ: بصيغة.

(٢) في أ: يصح.

ولهما الفرق بين المسألتين وهو أنه في المسألة الأولى أمكن إثبات الملك للآمر بالبدل المذكور بمقتضى الأمر بالإعتاق؛ لأن الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض، بل يثبت بنفس العقد، فصار المأمور بائعاً عبده منه بالبدل المذكور، ثم معتقاً عنه بأمره وتوكيله.

وأما في المسألة الثانية فَلاَ يُمكن إِثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء؛ لأن التمليك من غير عوض يكون هبة، والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض، فإذا أعتق/ ٢/ ٢١٢ب فقد أعتق ملك نفسه لا ملك الآمر، فيقع عن نفسه، فكان الولاية له، فهو الفرق.

ولو قال: أعتق عبدك، ولم يقل شيء آخر، فأعتق، فالولاء للمأمور، لأن العتق عنه لأنه عتق عن نفسه لا عن الآمر؛ لعدم الطلب من الآمر بالإعتاق عنه.

ولو قال: أعتق عبدك على ألف درهم، ولم يقل: عني، فأعتق، توقف على قبول العبد إذا كان من أهل القبول، فإن قبل في مجلس علمه، يعتق ويلزمه المال، وإلاّ فلا، لأنه لم يطلب إعتاق العبد لنفسه، وإنما طلب إعتاق العبد للعبد، وهو فضولي فيه، فإذا عتق المالك توقف إعتاقه على إجازة العبد، كما إذا قال لغيره: بع عبدك هذا من فلان على ألف درهم، فباعه؛ أنه يتوقف على إجازة فلان، كذا هذا.

وَسَواءٌ كان المعتق ذكراً أو أنثى؛ لوجود السبب منهما، ولعموم قوله ـ ﷺ ـ: «**الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**».

وقال ـ ﷺ ـ: «**لَيْسَ لِلْنِسَاءِ مِنَ الوَلاَءِ إلاَّ مَا أَعْتَقْنَ**»[١] الحديث، والمستثنى من المنفي مثبت ظاهراً، وسواءٌ كان المعتق والمعتق مسلمين أو كافرين، أو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً؛ لوجود السبب، ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذميًّا أو ذمي مسلماً، فولاء المعتق منهما للمعتق؛ لما قلنا إلا أنه لا يرثه لانعدام شرط الإرث، وهو اتحاد الملة.

(١) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٥٤) وقال غريب وقال: وأخرجه البيهقي عن علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة. ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، انتهى وأخرج أيضاً عن إبراهيم. قال: كان، عمر، وعلي. وزيد بن ثابت لا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن. وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن الحسن أنه قال: لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن؛ وأخرج عن عمر بن عبد العزيز، قال: لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو كاتبن. وأخرج نحوه عن ابن سيرين، وابن المسيب، وعطاء، والنخعي، وأخرج عن علي وعمر، وزيد أنهم كانوا لا يورثون النساء من الولاء، إلا ما أعتقن، انتهى. وروى عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي بن أبي طالب قال: لا ترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن. قال الحاكم: وأخبرني إبراهيم عن ابن مسعود مثله. قال الحاكم: وكان شريح يقوله. وأخرج عن الشعبي، والنخعي، كقول الحسن المتقدم.

قال النبيُّ - ﷺ -: «لاَ يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ بِشَيْءٍ»[١] وقال - ﷺ -: «لاَ يَرِثُ المُؤْمِنُ الكَافِرَ، وَلاَ الكَافِرُ المُؤْمِنَ»[٢] ويجوز أن يكون الولاء ثابتاً لإنسان ولا يرث به، لانعدام شرط

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٨) وأبو داود (٣/ ٣٢٨) كتاب الفرائض: باب هل يرث المسلم الكافر حديث (٢٩١١) وابن ماجه (٢/ ٩١٢) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك حديث (٢٧٣١) وسعيد بن منصور في «سننه» رقم (١٣٧) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٦٧) والدارقطني (٤/ ٧٥) كتاب الفرائض حديث (٢٥) وابن عدي في «الكامل» (٥/ ٨٢) والبيهقي (٦/ ٢١٨) كتاب الفرائض: باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٧٩ - بتحقيقنا) والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٢٩٠) وابن عبد البر في «التمهيد» (٩/ ١٧٢) كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: لا يتوارث أهل ملتين شتى.

والحديث صححه ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٣٥) فقال: رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني في رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وإسناد أبي داود والدارقطني إسناد صحيح ا هـ.

وقال الألباني في «إرواء الغليل» (٦/ ١٢١): وهذا سند حسن ا هـ.

وللحديث شاهد من حديث جابر

أخرجه الترمذي (٤/ ٤٢٤) كتاب الفرائض: باب لا يتوارث أهل ملتين حديث (٢١٠٨) من طريق ابن أبي ليلى عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال: «لا يتوارث أهل ملتين» وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه من حديث جابر إلا من حديث ابن أبي ليلى.

وضعفه ابن الملقن في «الخلاصة» (٢/ ١٣٥) فقال: رواه الترمذي من رواية جابر بإسناد ضعيف.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥١٩) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الملل حديث (١٠) والبخاري (١٢/ ٥٠) كتاب الفرائض: باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم حديث (٦٧٦٤) ومسلم (٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض حديث (١/ ١٦١٤) وأبو داود (٣/ ٣٢٦) كتاب الفرائض: باب هل يرث المسلم الكافر حديث (٢٩٠٩) والترمذي (٤/ ٤٢٣) كتاب الفرائض: باب إبطال الميراث بين المسلم والكافر حديث (٢١٠٧) وابن ماجه (٢/ ٩١١) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك حديث (٢٧٢٩) والنسائي في «الكبرى» (٤/ ٨٠) كتاب الفرائض: باب في الموارثة بين المسلمين والمشركين حديث (٦٣٧١) والدارمي (٢/ ٣٧٠) كتاب الفرائض: باب ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام وأحمد (٥/ ٢٠٠) وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٨٣ - منحة) رقم (١٤٣٥) والحميدي (١/ ٢٤٨) رقم (٥٤١) وسعيد بن منصور في «سننه» (١/ ١٨٤) رقم (١٣٥، ١٣٦) وعبد الرزاق (٦/ ١٤) رقم (٩٨٥١، ٩٨٥٢) والشافعي في «مسنده» (٢/ ١٩٠) كتاب الفرائض حديث (٦٧٦) ومحمد بن نصر المروزي في «السنة» (ص - ١٠٤) رقم (٣٨٦) وابن الجارود في «المنتقى» رقم (٩٥٣) وابن خزيمة في «صحيحه» (٤/ ٣٢٢ - ٣٢٣) رقم (٢٩٨٥) وابن حبان (٦٠٠١ - الإحسان) والطبراني في «الكبير» (١/ ١٢٧) رقم (٣٩١) وفي «الأوسط» رقم (٥١٠) والدارقطني (٤/ ٦٩) كتاب الفرائض: حديث (٧) والحاكم (٢/ ٢٤٠) والبيهقي (٦/ ٢١٧) كتاب الفرائض: باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، وأبو نعيم في «الحلية» (٣/ ١٤٤ - ١٤٥) والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٧٨ - بتحقيقنا) وابن النجار في «ذيل تاريخ بغداد» (٢/ ٢٢٦) وابن عبد البر في «التمهيد» (٩/ ١٦٠) كلهم من طريق الزهري عن علي بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم».

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. =

الإرث به؛ على ما نذكر؛ حتى لو أسلم الذميُّ منهما قبل موت المعتق، ثم مات المعتق، يرث به لتحقق الشرط؛ وكذا لو كان للذمي الذي هو معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين، بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم، فإنه يرث الولاء، لأن الذمي يجعل بمنزلة الميت، وإن لم يكن له عصبة من المسلمين يرد إلى بيت المال.

وَلَوْ كَانَ عبد[1] مسلم بين مسلم وذمي، فأعتقاه ثم مات العبد، فنصف ولائه للمسلم، لأن المسلم يرث المسلم، والنصف الآخر لأقرب عصبة الذمي من المسلمين إن كان له عصبة مسلم، وإن لم يكن يُرَدُّ إلى بيت المال.

ولو أعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصر بذلك مولاه، حتى لو خرجا إلى دار الإسلام مسلمين، لا ولاء له، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، لأنه لا يعتق عندهما لأنه لا يعتق بكلام الإعتاق، وإنما يعتق بالتخلية، والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء، وعند أبي يوسف يصير مولاه، ويكون له ولاؤه، لأن إعتاقه بالقول قد صَحَّ في دار الحرب.

وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف، ولا خلاف في أن استيلاده جائز، وتصير الجارية أم ولد له، لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما تقدم أن مبنى الاستيلاد على ثبوت النسب، والنسبُ يثبتُ في دارِ الحربِ.

ولو أعتق مسلم عبداً له مسلماً أو ذميًا في دار الحرب، فولاؤه له؛ لأن إعتاقه جائز

= وزاد الحاكم في أوله: لا يتوارث أهل ملتين ولا يرث. . . .

وقد اختلف في اسم عمرو بن عثمان هل هو عمرو بن عثمان أم عمر بن عثمان.

فالجماعة روته عن الزهدي فقالوا عمرو بن عثمان.

وخالفهم مالك في الموطأ وتبعه ابن عبد البر فقالا عمر بن عثمان قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٩/ ١٦١ ـ ١٦٢): ومالك يقول فيه عن ابن شهاب عن علي بن حسين عن عمر بن عثمان عن أسامة وقد وافقه الشافعي ويحيى بن سعيد القطان على ذلك فقال هو عمر وأبى أن يرجع وقال: قد كان لعثمان ابن يقال له عمرو هذه داره ومالك لا يكاد يقاس به غيره حفظاً واتقاناً لكن الغلط لا يسلم منه أحد وأهل الحديث يأبون أن يكون في هذا الإسناد إلا عمرو بالواو وقال علي بن المديني عن سفيان بن عيينة أنه قيل له إن مالكاً يقول في حديث لا يرث المسلم الكافر. عمر بن عثمان، فقال سفيان: لقد سمعته من الزهري كذا وكذا مرة وتفقدته منه فما قال إلا عمرو بن عثمان ا هـ.

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٥٠) رقم (١٦٣٥): سئل أبو زرعة عن حديث مالك عن الزهري عن علي بن حسين عن عمر بن عثمان عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر» قال أبو زرعة: الرواة يقولون: عمرو ومالك يقول: عمر بن عثمان قال أبو محمد ـ أي ابن أبي حاتم ـ أما الرواة الذين قالوا عمرو بن عثمان وسفيان بن عيينة ويونس بن يزيد عن الزهري.

(١) في ط: عبده.

بالإجماع، وإن أعتق عبداً له حربيًا في دار الحرب، لا يصير مولاه عند أبي حنيفة، لأن لا يعتق بالقول، وإنما يعتق بالتخلية، وعند أبي يوسف: يصير مولاه لثبوت العتق بالقول.

وقول محمد فيه مضطرب حتى لو أسلم العبد في دار الحرب و خرجا مسلمين إلى دار الإسلام، فلا ولاء للمعتق على المعتق، وللمعتق أن يوالي من شاء عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يرث المعتق من المعتق، وله ولاؤه إذا خرجا مسلمين، وإن سبى العبد المعتق كان مملوكاً للذي سباه في قولهم جميعاً، ولا يخلو إما أن يكون مملوكاً أو حرًا، فإن كان مملوكاً كان محلاً للاستيلاد والتملك، وكذا إن كان حرًا؛ لأن الحربي الحر محل للاستيلاد والتملك.

وعلى هذا يخرج ما إذا دخل رجل من أهل الحرب دار الإسلام بأمان، فإن اشترى عبداً فأعتقه، ثم رجع إلى دار الحرب، فسبى فاشتراه عبده المعتق فأعتقه ـ أن كل واحد منهما يكون مولى صاحبه، حتى أن أيُّهما مات ولم يترك عصبة من النسب، ورثه صاحبه لوجود سبب الإرث من كل واحد منهما وهو الإعتاق وشرطه.

وكذا الذمي إذا أعتق عبداً له ذميًا فأسلم العبد ثم هرب الذمي المعتق ناقضاً للعهد إلى دار الحرب، فسبي وأسلم، فاشتراه العبد الذي كان أعتقه فأعتقه، فكلٌ واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا.

وكذلك المرأة إذا أعتقت عبداً لها ثم ارتدت المرأة ولحقتْ بدار الحرب، ثم سبيت فاشتراها الذي كانت المرأة أعتقته، فأعتقها، كان الرجل مولى المرأة والمرأة مولاة الرجل؛ لوجود الإعتاق من كل واحد/ منهما، ثم العتق كما هو سبب ثبوت الولاء للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه، حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا أن عليه حفظه، فإذا جنى فقد قصر في الحفظ. ٢/ ٢١٣أ

وأما شرط ثبوته فلثبوت الولاية شرائط: بعضُها يَعُمُّ ولاء العتاقة وولاء ولد العتاقة، وبعضُها يخص ولاء ولد العتاقة، فأما الذي يعمهما جميعاً فهو أن لا يكون للعبد المعتق أو لولده عصبة من جهة النسب، فإنْ كان لا يرثه المعتق لأنه يرثه من طريق التعصيب، وفي العصبات يعتبر الأقوى فالأقوى، ولا شك أن العصبة من جهة النسب أقوى، فكان أَوْلَىٰ، وهذا ولأن الولاء وإن كان لحمة كلحمة النسب كما نطق به الحديث؛ لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب، فكان اعتبار حقيقة النسب أَوْلَىٰ، فإن لم يكن له عصبة من جهة النسب وله أصحاب الفرائض أو ذوو الأرحام، فحكمه يذكر في موضعين، إنْ شاء الله تعالى.

وأما الذي يخص ولد العتاقة، فمنها: أن تكون الأم معتقة، فإن كانت مملوكة فلا ولاء لأحد عليه ما دام مملوكاً، سواء كان الأب حرًا أو مملوكاً، لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، فكان مملوكاً لمولى أمة، فلا يتصور الولاء.

ومنها: ألا تكون الأم حرة أصلية، فإن كانت فلا ولاء لأحدٍ على ولدها، وإن كان الأب معتقاً لما ذكرنا أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، ولا ولاء لأحد على أمه، فلا ولاء على ولدها، فإن كانت الأم معتقة والأب معتقاً، فالولد يتبع الأب في الولاء، ويكون ولاؤه لمولى الأب لا لمولى الأم، لأن الولاء كالنسب، والأصل في النسب هو الأب.

ومنها: ألا يكون الأب عربيًا، فإن كان الأب عربيًا والأم مولاة لقوم، فالولد تابع للأب، ولا ولاء عليه، لأن الولاء أثرٌ من آثار الرق، ولا رق على عربيٍّ، ولو كان الأب نبطيًا وهو حُرٌّ مسلم، لم يعتق، وله ولاء موالاة، أو لم يكن فالولد يتبع الأم في ولاء العتاقة عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يكون تبعاً للأب كما في العربي.

وجه قول أبي يوسف: إن النسب يشبه النسب والنسب إلى الأباء، وإن كان أضعف، ألا ترى أن الأُم لو كانت من العرب والأب من الموالي، فالولد يكون تابعاً لقوم الأب، ولهما أن ولاء الأم لمواليها لأجل النصرة، فيثبت للولد هذه النصرة، ولا نصرة له من جهة الأب؛ لأن من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل، فصار كمعتقة تزوجت عبداً فيكون ولاء أولادها لمواليها.

ومنها: ألا يكون للأب مولى عربيٌّ، فإن كان لا ولاية لأحد عليه لأن حكمه حكم العربي، لقول النبيِّ ﷺ: «**إِنَّ مَوْلَىٰ القَوْمِ مِنهُمْ**»[1].

ومنها: ألا يكون الولد معتقاً، فإنْ كان لا يكون ولاؤه لموالي الآب ولا لموالي الأم، بل يكون لمن أعتقه، لأنه إذا أعتق صار له ولاء نفسه، لقوله ـ ﷺ ـ: «**الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» فلا يكون تبعاً لغيره في الولاء، وبيان هذا الأصل يذكر في بيان صفة الولاء[2].

وأما صفته فله صفات: منها: أن الإرث به عند وجود سبب ثبوته وشَرطه من طريق التعصيب، ومعنى هذا الكلام أن المعتق إنما يرث بالولاء مال المعتق بطريق العصوبة، ويكون المعتق آخر عصبات المعتق مقدماً على ذوي الأرحام، وعلى أصحاب الفرائض في استحقاق ما فضل من سهامهم، حتى أنه لو لم يكن للمعتق وارث أصلاً أو كان له ذو الرحم، كان الولاء للمعتق، وإن كان له أصحاب الفرائض فإنه يعطي فرائضهم أولاً، فإن فَضَلَ شيءٌ يعطي

---

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٥٩١) كتاب الزكاة: باب الصدقة على بني هاشم حديث (١٦٥٠) والترمذي (٣/ ٤٦) كتاب الزكاة: باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه حديث (٦٥٧) وأحمد (٦/ ١٠) وابن أبي شيبة (٤/ ٦٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٦٦) كلهم من حديث أبي رافع.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) في أ: موضعه.

المعتق، وإلا فلا شيء له، ولا يرد الفاضل على أصحاب الفرائض، وإن كانوا ممن يحتمل الرد عليه، وهذا قول عامة العلماء، وهو قول عليٍّ، وابن عباس، وزيد ـ رضي الله عنهم ـ.

وَرُوِيَ عن عمر، وعبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ أنه لا يرث بطريق التعصيب[1]، وهو مؤخر عن أصحاب الفرائض في استحقاق الفاضل، وعن ذوي الأرحام أيضاً.

واحتجوا بظاهر قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] فظاهره يقتضي أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق.

وجه قول الأولين ما روينا عَنْ رسولِ الله ﷺ أنه جعل ولاء مولى بنت حمزة ـ رضي الله عنه ـ بينها وبين بنت معتقها نصفين، فقد أقام رسول الله ﷺ بنت حمزة ـ رضي الله عنه ـ مقام العصبات، حيث جعل النصف الآخر لها، ولم يأمر برده على بنت المعتق، ولو كان الأمر كما زعموا لأمر ﷺ بالرد كما في سائر المواريث إذا لم يكن هناك عصبة، وقال ﷺ: «**أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبْقَتْ فَلِأَوْلَىٰ رَجُلٍ ذَكَرٍ**» وأولى رجلٍ ذكر هٰهنا هو المولى[2] ورُوِيَ:

---

(١) أما عن عمر فأخرجه أبو داود (٣/ ١٢٧) كتاب الفرائض باب في الولاء حديث (٢٩١٧) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غِلْمةٍ فماتت أمهم فورثوها رباعها وولاء مواليها، وكان عمرو بن العاص عَصَبَةَ بنيها. فأخرجهم إلى الشام، فماتوا، فقدم عمرو بن العاص، ومات مَوْلَى لها، وترك مالاً [له]، فخاصمه أخوتها إلى عمر بن الخطاب، فقال عمر: قال رسول الله ﷺ «ما أحرزَ الْوَلَدُ أو الْوَالدُ فَهُوَ لَعَصَبَتِهِ مَنْ كانَ» قال: فكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمٰن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر، فلما استخلف عبد الملك اختصموا إلى هشام بن إسماعيل، أو [إلى] إسماعيل بن هشام، فرفعهم إلى عبد الملك فقال: هذا من القضاء الذي ما كنت أراه، قال: فقضى لنا بكتاب عمر بن الخطاب، فنحن فيه إلى الساعة.

(٢) أخرجه البخاري (١٢/ ٢٧) كتاب الفرائض: باب ابني عم أحدهما أخ للأم والآخر زوج حديث (٦٧٤٦) ومسلم (٣/ ١٢٣٣) كتاب الفرائض: باب الحقوا الفرائض بأهلها حديث (٢/ ١٦١٥) وأحمد (١/ ٣١٣) والدارمي (٢/ ٣٦٨) كتاب الفرائض: باب العصبة، وأبو داود (٣/ ٣١٩) كتاب الفرائض: باب ميراث العصبة حديث (٢٨٩٨) وابن ماجه (٢/ ٩١٥) كتاب الفرائض: باب ميراث العصبة حديث (٢٧٤٠).

والترمذي (٤/ ٣٦٤ ـ ٣٦٥) كتاب الفرائض: باب في ميراث العصبة حديث (٢٠٩٨) والطيالسي رقم (٢٦٠٩) وابن الجارود رقم (٩٥٥) وعبد الرزاق (١٩٠٠٤) وأبو يعلى (٤/ ٢٥٨) رقم (٢٣٧١) وابن حبان (٥٩٩٦، ٥٩٩٧، ٥٩٩٨ ـ الإحسان) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٣٩٠) كتاب الفرائض: باب الرجل يموت ويترك بنتاً وأختاً وعصبة سواهما، والدارقطني (٤/ ٧٠) كتاب الفرائض رقم (١١) والبيهقي (٦/ ٢٣٨) كتاب الفرائض: باب ترتيب العصبة والبغوي في «شرح السنة» (٤/ ٤٤٨ ـ بتحقيقنا) كلهم من طريق عبد الله بن طاوس عن أبيه عن ابن عباس به وفي لفظ بعضهم: ألحقوا الفرائض بأهلها فما تركت الفرائض فلأولى رجل ذكر.

«فَلِأَوْلَىٰ عُصْبَةٍ ذَكَرٍ» وهو المولى هٰهنا[1].

وأما الآية الكريمة فقال بعضُهم في تأويلها، أي: ذوو الأرحام من العصبة بعضُهم/ أولى ٣/٢ ببعض، أي: الأقرب من ذوي الأرحام من العصبات بعضُهم أولى ببعض من الأبعد؛ كالابن مع ابن الابن، والأخ لأب وأم مع الأخ لأب؛ ونحو ذلك.

وإذا عرف هذا الأصل فبيانه في مسائل: إذا مات المعتق وترك أُمًّا ومولى، فللأم الثلث، والباقي للمولى عند الأَوَّلين، لأنه عصبة، وعند الآخرين الثلث للأم بالفرض والباقي رَدًّا عليها أيضاً.

وإِن ترك بنتاً ومولى، فللبنت فرضها وهو النصف، والباقي للمولى عند الأَولين، لأنه عصبة، وعند الآخرين النصف للبنت بالفرض والباقي رَدًّا عليها، ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات.

وَأَمَّا ترك مولاه فللأخت للأب والأم النصف، وللأخت للأب السدس تكملة الثلثين، وللأخت للأم السدس، وللأم السدس، فقد استغرقت سهامهم الميراث، فلم يبق شيء للمولى.

وإِن ترك امرأة ومولى، فللمرأة فرضها وهو الربع، والباقي للمولى بلا خلاف.

وكذا إذا كان المعتق أمة فتركت زوجها ومولى، فللزوج فرضه وهو النصف، والباقي للمولى.

أما على قول الأَولين: فلأن المولى عصبة، فكان الباقي له.

وأما على قول الآخرين: فلأنه لا سبيل إلى الرد؛ إذ لا يرد على الزوج والزوجة، فإن ترك المعتق عمة وخالة ومولاه، فالمال للمولى في قول الأولين، لأنه آخر العصبات يقدم على ذوي الأرحام، وفي قول الآخرين: للعمة الثلثان وللخالة الثلث؛ لتقدم ذوي الأرحام عليه، وَقِسْ على هذا نظائره، وعلى هذا يخرج ما إذا اشترت المرأة عبداً فأعتقته، ثم مات العبد المعتق وترك ابنته، فللابنة النصف وما بقي فلمولاته، لأنها عصبة، وهذا قول الأَوَّلين.

وأما على قول الآخرين: فالباقي يرد عليها بالقرابة.

وإذا اشترت أباها فعتق ثم مات الأب وليس له عصبة، فلابنته النصف بالنسب، وما بقي فلابنته أيضاً بحق الولاء بالرد؛ لأنها عصبة الأب في الولاء.

(١) ينظر الحديث السابق.

وعلى قول الآخرين: ما بقي يرد عليها بالقرابة، فإن كان الأب أعتق عبداً قبل أن يموت ثم مات الأب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة، فإنها ترثه لأنه معتق معتقها، فكان ولاؤه لها؛ لقوله ﷺ: **«لَيسَ لِلنِسَاءِ مِنَ الوَلاَءِ إلاَّ مَا أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ»** الحديث، والاستثناء من النفي إثبات ظاهراً.

فإن اشترت أختان لأب وأم أباهما، ثم مات الأب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين، فللابنتين الثلثان بالنسب، وما بقي فلهما أيضاً بلا خلافٍ، ولكن عند الأولين بطريق العصوبة لأنهما عصبة، وعند الآخرين بطريق الرد، وإن اشترت إحداهما أباهما ثم مات الأب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين، فللابنتين الثلثان بالنسب، وللتي اشترت الأب الثلث والباقي خاصَّة بالولاء، في قول الأولين لأنها عصبة، وفي قول الآخرين الباقي يرد عليهما نصفين، فإن اشترتا أباهما ثم إن إحداهما والأب اشتريا أخاً لهما من الأب، ثم مات الأب، فإن المال بين الابنتين وبين الابن، للذكر مثل حظ الأنثيين، لأنه مات حُرًّا على ابن حر وعن ابنتين حرتين، فكان الميراث لهم بالقرابة، فلا عبرة للولاء في ذلك، فإن مات الابن بعد ذلك فلأختيه الثلثان بالنسب، والثلث الباقي نصفه التي اشترته مع الأب خاصَّة، لأن لها نصف ولاء الأخ، لأنه عتق بشرائها وشراء الأب، فكان ولاؤه بينهما، وما بقي فبينهما نصفان لأنهما مشتركتان في ولاء الأب، فصار حصة الأب بينهما نصفين، وهو سدس جميع المال، وتخرج المسألة من اثنتي عشر للأختين الثلثان لكل واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقي، وذلك سهمان للتي اشترته مع الأب بالولاء، ونصف الثلث بينهما نصفان بولاء الأب؛ لكل واحدة منهما سهم، فصار للتي اشترته سبعة أسهم، وللأخرى خمسة أسهم، وهذا على قياس قول علي وابن عباس وزيد ـ رضي الله عنهم ـ.

وأما على قياس قول عمر وابن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ إذا مات الابن بعد موت الأب فلأختيه الثلثان بالنسب، كما قالوا: والثلث الباقي يُرَدُّ عليهما، فإن اشترت إحداهما الأب واشترت الأخرى والأب أخاً لهما، ثم مات الأب، فالمال بين الابن والابنتين، للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا.

فإن مات الأخ بعد ذلك، فللأختين الثلثان بالنسب، ونصف الثلث الباقي للتي اشترت الأخ مع الأب، وما بقي فهو للتي اشترت الأب خاصة، فيصير المال بينهما نصفين، وهذا على قول علي وابن عباس وزيد ـ رضي الله عنهم ـ.

٢/ ٢١٤أ وأما على قول عمر وابن/ مسعود ـ رضي الله عنهما ـ فالثلث الباقي رد عليهما، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومنها: أنه لا يورث من المعتق بعد موته، ولا يكون سبيله سبيل الميراث، وإنما يستحقه

عصبة المعتق بنفسها، وهم الذكور من عصبته لا الإناث ولا الذكور من أصحاب الفرائض.

والأصل فيه قولُ النبي ﷺ: **«الوَلاَءُ لَحمةٌ كَلَحْمَةِ النَّسَبِ، لاَ يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ وَلاَ يُورَثُ»** أي: لا يورث من المعتق لإجماعنا على أنه يورث من المعتق، لأن الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وإن كان يورث به، فكذا أولاء.

وروينا عن النجباء السبعة - رضي الله عنهم - أنهم قالوا بلفظ واحدٍ: الولاء للكبر، فالظاهر هو السماع، فإن لم يكن فقد ظهرت [هذه](١) الفتوى بينهم(٢) ولم يظهر لهم فيها مخالفٌ، فيكون إجماعاً، ومعنى قولهم الولاء للكبر، أي: للأقرب، وهو أقرب العصبة إلى المعتق، يقال: فلأن أكبر قومه؛ إذا كان أقربهم إلى الأصل الذي ينسبون إليه، وإنما شرطنا الذكورة في هذه العصوبة، لأن الأصل في العصبة هم الذكور؛ إذ العصبة عبارة عن الشدة والقوة، قال الله - تبارك وتعالى - خبراً عن بني يعقوب - عليهم الصلاة والسلام -: ﴿إِذْ قَالُوا لَيُوسُفُ وَأَخُوهُ أَحَبُّ إِلَى أَبِينَا مِنَّا وَنَحْنُ عُصْبَةٌ﴾ [يوسف: ٨] أي: جماعة أقوياء أشداء قادرون على النفع والدفع، وهذا قول عامة العلماء.

وعن إبراهيم النخعي وشريح: أن الولاء يجري مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث [منه](٣) سائر أمواله، إلا أنه إنما يرث منه الرجال لا النساء بالنص، وهو قول النبي ﷺ **«لَيسَ لِلْنِسَاءِ [من الولاء](٤) إلاَّ مَا أَعْتَقْنَ»** الخبر، وكان شريح يقول من أحرز شيئاً في حياته فهو لورثته بعد موته.

واحتجَّا بما رُوِيَ عن الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم قالوا: مَنْ أحرز المال أحرز الولاء، فقد أنزلوه منزلة المال، فدلَّ على أن حكمه حكم المال، والجواب أن معنى قولهم: من أحرز المال أحرز الولاء، أي: من أحرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق أحرز الولاء أيضاً، بدليل أن المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالإجماع وبالحديث، فعلم أن المراد منع العصبات، وبه تقول، ولأن في الحمل على ما قلنا عملاً بالدلائل بقدر الإمكان، فهو أَوْلَىٰ.

ثم بيان هذا في الأصل في مسائل: في رجلٍ أعتق عبداً له ثم مات المعتق وترك ابنين، ثم مات أحد الابنين وترك ابناً، ثم مات العبد المعتق، فولاؤه لابن المعتق لصلبه، لا لابن ابنه، لأنه الأكبر، إذ هو أقرب عصبات المعتق بنفسها، والأصل أنه يعتبر كون المستحق عصبة يوم موت المعتق، لا يوم موت المعتق، ويعتبر له الكبر من حيث القرب لا من حيث السن،

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: منهم.

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

ألا ترى أن الابن قد يكون أكبر سنًّا من عمه الذي هو ابن المعتق، وهذا على قول عامة العلماء.

وأما على قول إبراهيم وشريح فالمال بين ابن المعتق وبين ابن ابنه نصفين؛ لأنه يجري مجرى الميراث عندهما، فكما مات المعتق فقد ورثاه جميعاً، فانتقل الولاء إليهما ثم إذا مات أحدهما انتقل نصيبه إلى ولده، كما في ميراث المال؛ فإن مات الابن الباقي وترك ابناً ثم مات المعتق، فالولاء بين ابن هذا الميت وبين ابن الميت الأول نصفين بلا خلافٍ.

أما على قول عامة العلماء فلاستوائهما في العصوبة.

وأما على قول إبراهيم النخعي وشريح فلانتقال نصيب كل واحد منهما إلى ولده، ولو كان الأول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقي وترك ابناً واحداً ثم مات المعتق، فالولاء بين ابن هذا وابني الأول يكون ثلاثاً عندنا؛ لاستواء الكل في العصوبة، وعندهما الولاء بينهما نصفين النصف لابن هذا، والنصف الآخر بين ابني الأول نصفين، لأنهما يجعلان لكل ولد واحد حصة أبيه، فإن مات المعتق وترك ثلاثة بنين، فمات البنون وترك أحدهم ابناً واحداً، وترك الآخر خمسة بنين، وترك الثالث عشرة بنين، ثم مات العبد المعتق وترك مالاً، فماله بين أولاد البنين بالسوية على عدد الرؤوس؛ في قول عامة العلماء لاستوائهم في العصوبة والقرب من المعتق.

وعلى قول إبراهيم وشريح المال بينهم أثلاثاً: ثلث لابن الابن الواحد، والثلث الآخر بين الخمسة بني الابن، والثلث الآخر بين العشرة بني الابن، فتصح فريضتهم من ثلاثين سهماً لابن الابن الواحد عشرة وعشرة بين بني الابن الآخر على خمسة وعشر بين بني الابن الآخر؛ وهو الثلث على عشرة.

ولو أعتق رَجُلٌ هو وابنه عبداً ثم مات الرجل وترك ابنين أحدهما شريكه في الإعتاق، ثم مات العبد المعتق، فنصف الولاء لابنه الذي هو شريك أبيه خاصّة؛ لأنه شريكه في الإعتاق والنصف الباقي بينهما نصفان/ لأن ذلك حصة أبيه فيكون بينهما بالسوية، فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم: ثلاثة أرباعه للابن الذي كان شريك أبيه، والربع للآخر، فإن مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابناً ثم مات العبد المعتق، فلابن الابن نصف الولاء الذي كان لأبيه خاصّة، والنصف الآخر للابن وَحْدَهُ؛ لأنه الكبر من عصبة الأب، فكان أحق بنصيبه من الولاء، فيصير نصف الولاء للعم ونصفه لابن أخيه.

فإن مات العم وترك ابنين ثم مات العبد المعتق، فنصف الولاء لابن شريك أبيه خاصة، والنصف الآخر بينه وبين ابني عمه أثلاثاً، لكل واحد منهم الثلث، فيصير لابن شريك أبيه

٢/ ٢١٤ب

الثلثان، ويصير لابني عمه الثلث لكلٍّ واحد منهما السدس، فإن مات المعتق وترك ابناً وأباً ثم مات العبد المعتق، فالولاء للابن وابن الابن وإن سفل لا للأب في قول أبي حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء، وعند أبي يوسف سدساً الولاء للأب والباقي للابن، وهو قول إبراهيم النخعي وشريح، وهذا على أصلهما صحيح لأنهما ينزلان الولاء منزلة الميراث والحكم في الميراث هذا، وإنما المشكل قول أبي يوسف؛ لأنه لا يحل ما يتركه المعتق بمد موته محل الإرث، بل يجعله لعصبة المعتق بنفسها والأب لا عصوبة له مع الابن، بل هو صاحب فريضة كما في ميراث المال، فكان الابن هو العصبة، فكان الولاء له.

فإن مات المعتق وترك أباً وثلاثة أخوة متفرقين: أخاً لأب وأم، وأخاً لأب، وأخاً لأم، ثم مات العبد المعتق، فالولاء للأب خاصّة، لأنه العصبة، فإن مات الأب ثم مات العبد المعتق، فالولاء للأخ من الأب والأم، لأنه أقرب العصبات إلى المعتق، فإن مات الأخ من الأب والأم وترك ابناً، فإن الولاء يرجع إلى الأخ لأب لأنه الكبر.

فإن مات الأخُ من الأَب وترك ابناً، فإن الولاء يرجع إلى ابن الأَخ للأَب والأُم لأنه أقرب، فإن مات ابن الأَخ من الأَب والأُم وترك ابناً، فإن الولاء يَرْجع إلى ابن الأَخ من الأَب لأنه أقرب.

فإن مات الأخُ من الأب وترك ابناً، فإن الولاء يرجع إلى ابن ابن الأخ من الأب والأم لأنه أقرب، ولا يرث الأخ من الأم ولا أحد من ذوي الأرحام شيئاً من الولاء؛ لما بينا فيما تقدم.

ولو مات المعتق وترك جده أباً أبيه، وأخاه لأبيه وأمه، أو لأبيه، فالولاء للجد لا للأخ في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الولاء بين الجد والأخ نصفين؛ بناءً على أنه لا ميراث للأخ مع الجد عنده، وعندهما يورثان الأخ مع الجد بالتعصيب.

فإن مات المعتق وترك ابناً وبنتاً، ثم مات العبد المعتق، فالولاء للابن لا للبنت؛ لأن الابن هو العصبة بنفسه لا البنت، ولقول النبي ﷺ: «**لَيسَ لِلْنِسَاءِ مِنَ الوَلاَءِ إلاّ مَا أَعْتَقْنَ، أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ، أَوْ كَاتَبْنَ، أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ**» ولم يوجد هٰهنا المستثنى، فبقي استحقاقها الولاء على أصل النفي.

وجملة الكلام فيه أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن، أو دبرن أو دبر من دبرن، وأولادهم وأولاد أولادهم وإن سلفوا إذا كانوا من امرأة معتقة أو ما جر معتقهن من الولاء إليهن.

وبيان هذه الجملة: امرأة أعتقت عبداً لهما ثم مات العبد ولا وارث له فولاؤه للمرأة،

لقوله ﷺ: «**لَيسَ لِلْنِسَاءِ مِنَ الوَلاَءِ إلاَّ مَا أَعْتَقْنَ**» وهذا معتقها ولعموم قوله ﷺ: «**الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**» و(من) تعم الذكر والأنثى، فلو أن معتقها أعتق عبداً له ثم مات العبد الأسفل ولم يترك وارثاً، فولاءه لمولاه الذي أعتقه، ولا يرث مولاه منه شيئاً، لأنه معتق مولاه وليس بمعتقها حقيقة، بل معتق معتقها، فكان إثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى.

فإن مات العبد الأعلى ولم يترك عصبة، ثم مات العبد الأسفل فولاؤه للمرأة المعتقة؛ لأنه معتق معتقها فيدخل تحت قوله ﷺ: «**أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ**»، ولو ترك العبد الأعلى عصبة فماله لعصبته؛ لما ذكرنا أن شرط الإرث بالولاء أن لا يكون للمعتق عصبة من النسب.

وكذلك لو أن المعتق الثاني أعتق ثالثاً، والثالث أعتق رابعاً فميراثهم كلهم إذا ماتوا لها، إذا لم يخلف من مات منهم مولى أقرب إليه منها ولا عصبة، ولو كاتبت المرأة عبداً لها، فأدى فعتق ثم مات العبد المكاتب، فولاؤه لها، لقولِ النبي ﷺ: «**أَوْ كَاتَبْنَ**».

وكذا لو كان العبد المكاتب كاتب عبداً له من إكسابه فأدى الأسفل أولاً فعتق، كان ولاؤه لها، لأن الأعلى ليس من أهل الولاء لأنه عبد مملوك بعد/ وكذا إذا أديا جميعاً معاً فعتقا، فولاؤهما لها؛ لقوله ﷺ: «**أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ**». ٢/٢١٥أ

وكذا إذا دبرت امرأة عبداً لها فماتت ثم مات العبد، كان ولاؤها منها حتى يكون للذكور من عصبتها.

وكذا إذا ماتت المرأة حتى عتق المدبر بموتها، فدبر عبداً له [ثم مات][1] فولاؤه يكون لعصبتها، وكذا ولاء أولادها وولاء أولاد أولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة ـ يكون لها، لأن ولاءهم يثبت لآبائهم وولاء آبائهم لها؛ كذا ولاء أولادهم.

امرأة زوجت عبدها بمولاة قوم، فولدت ولداً، فولاء الولد يكون لمولى أمه ولا يكون للمرأة منه شيء وهذا مما لا يشك فيه؛ لأن أبا الولد ليس بمعتق، بل هو عبد مملوك، ولا يتصور ولاء العتاقة بدون العتق، فلو أعتقت المرأة عبدها جَرَّ العبدُ المعتق ولاء الولد إلى مولاته، حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله لأبيه، فإن لم يكن له أب، فإن كان مات فولاؤه للمرأة التي أعتقت أباه[2].

هذا تفسير جَرِّ موالي النساء الولاء إليهن، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

امرأة أعتقت عبداً لها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق، فولاء معتقها لولدها الذكور إن

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: هنا.

كانوا من عصبتها وعقله عليهم أيضاً بلا خلاف، وإن كانوا من غير عصبتها فولاء معتقها لولدها الذكور الذين هم من غير عصبتها وعقله على سائر عصبتها دون ولدها، فَإِنَّ القرض ولدها وخلفوا عصبة لهم ليسوا من قوم المرأة المعتقة ولها عصبة، كان لعصبتها دون عصبة ابنها؛ لأن الولاء للكبر وأنه لا يورث.

وكذلك ما روي عن عليٍّ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: يرجع الولاء إلى عصبتها إذا انقطع ولدها الذكور[1]، وهو قول عامة العلماء، وإذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالي أعتقوها، فالولاء لمواليها، وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيها لعصبة البنين دون عصبتها، لأنه يجعل الولاء ميراثاً كالمال.

وبيان هذه الجملة امرأة أعتقت عبداً [لها][2] ثم ماتت وتركت ابنها وأخاً لها، ثم مات العبد المعتق، فماله لابنها لا لأخيها بلا خلافٍ، فإن مات ابنها وترك أخاً له وأباه، فإن الولاء للخال دون الأب، لأن الخال أخ المعتقة وهو عصبتها، والأب لا قرابة بينه وبين المعتقة، وعلى قول شريح الولاء الذي للأخ ينبغي أن يكون للأب لا للخال، لأن الأب عصبة الابن.

وكذلك إذا مات الابن وترك أخاً لأب، أو عمًا، أو جدًا من قبل أبيه، أو ترك ابني عم أو ترك موالي أبيه، فهذا كلُّه سواءٌ، والولاء يرجع إلى عصبة الأم، الأقرب منهم فالأقرب إن كان لها بنو عم يرجع إليهم، وإن لم يكن وكان لها موالي أعتقوها يرجع الولاء إليهم، وهو قول شريح لا يرجع الولاء ويمضي على جهته.

وعن الشعبي وابن أبي ليلى أن الولاء للذكور من ولدها، والعقل عليهم أيضاً دون سائر عصبة المعتقة، وقالا: كما يرثونه كذلك يعقلون عنه؛ لأن الخراج بالضمان، والصحيح قول العامة لما [روي][3] أن عليًا والزبير ـ رضي الله عنهما ـ اختصما إلى عمر ـ رضي الله عنه ـ في ولاء مولى صفية بنت عبد المطلب، فقال الزبير: هي أمي فأنا أرثها ولي ولاؤها، وقال علي: هي عمتي وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها فلي ولاؤها فقضى عمر ـ رضي الله عنه ـ بالولاء للزبير، وبالعقل على علي ـ رضي الله عنه ـ والمعنى فيه أن استحقاق الميراث بالعصوبة والابن في ذلك مقدم على الأخ وابن العم.

وأما العقل فبالتناصر، ألا ترى أن أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة، والتناصر لها ولمولاها بقوم أبيها لا بابنها؛ كذلك كان العقل عليهم، واعتبار العقل بالميراث غير سديدٍ، لأن العقل ليس يتبع الميراث لا محالة.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٣٠٣) كتاب الولاء: باب الولاء للكبر من عصبة المعتق.

(٢) سقط من ط.

(٣) سقط من ط.

ألا ترى أن الرجل يرثه ولده الذكور والإناث وأخواته، ولو جنى جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته، ولو أعتق أمة له ثم غرقا جميعاً ولا يُدري أيّهما مات أوّلاً لم يرث المولى منها، وكان ميراثه لعصبة المولى إن لم يكن لها وارث.

وأصلُ المسألة أن الغرقى والهدمى لا يرث بعضهم بعضاً عندنا، وهو قول عامة الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ؛ لأن كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كأنهما وقعا معاً، والمسألة تعرف في «كتاب الفرائض».

ومنها: أنه لازم حتى لا يقدر المعتق على إبطاله حتى [أنه][1] لو أعتق عبده سائبة بأن أعتقه وشرط أن يكون سائبة لا ولاية له عليه، كان شرطه باطلاً وولاؤه له عند عامة العلماء، وقال مالك: ولاؤه لجميع المسلمين.

والصحيحُ قول العامة؛ لقوله ﷺ: **«الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»** وكذا لا يملك نقله إلى غيره حتى لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصية، وهذا قول عامة العلماء / وقال بعضُهم: يملك نقله بالبيع وغيره. ٢/٢١٥ب

واحتجوا بما روي أن أسماء ـ رضي الله عنها ـ أعتقت عبداً فوهبت الولاء لابن مسعود ـ رضي الله عنهما ـ.

ولنا قوله ﷺ: **«الوَلاَءُ لحمَةٌ كَلَحْمَةِ النَّسَبِ لاَ يُبَاعُ ولاَ يُوهَبُ»** ولأن محل هذه التصرفات المال، والولاء ليس بمال، فلا يجوز بيعه كالنسب، وأما ما روي عن أسماء ـ رضي الله عنها ـ فيحتمل أن يكون معناه: وهبت له ما استحقت بالولاء وهو المال، فرواه[2] الراوي ولاء لكونه مستحقًا بالولاء، أو يحمل على هذا توفيقاً بين الدلائل.

وكذا إذا باع عبداً وشرط على المشتري أن يكون ولاؤه له، فالشرط باطلٌ ويكون ولاؤه للمشتري [إذا أعتقه، وكذا إذا أعتق عبداً][3] وشرط أن يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح، ويكون ولاؤه له، لما روي أنَّ عائشة ـ رضي الله عنها ـ لما اشترت بريرة شرط عليها أن يكون ولاؤها لمواليها، فخطب رسول الله ﷺ وقال في خطبته: **«مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ تَعَالى، كُلُّ شَرْطٍ لَيسَ في كِتَابِ اللهِ تعالىٰ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»** وهل يحتمل الولاء التحول من محلٍ إلى محل؟ ينظر فيه إن ثبت بإيقاع العتق فيه لا يتحول أبداً؛ لقوله ﷺ: **«الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»** ألزم الولاء المعتق وإن ثبت بحصول العتق لغيره تبعاً يتحول إذا قام دليل التحول.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: فسماه.
(٣) في ط: إذا أعتق عبده.

وبيان هذه الجملة عند تزوج أمة لقوم فولدت منه ولداً فأعتقها مولاها وولدها، أو كانت حبلى به حين أعتقها، أو أعتقها فولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر، أو كانت معتدة من طلاق أو موت، فولدت لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق، وقد أعتق الأب رجل آخر ـ كان ولاء الولد للذي أعتقه مع أمه، ولا يتحول إلى مولى أبيه، وإن أعتق أبوه بعد ذلك لأنه لما أعتقهما فقد ثبت ولاء الولد بإيقاع العتق فيه، فلا يحتمل التحول، وكذا إذا أعتقها وهي حبلى لما قلنا؛ وكذا إذا أعتقها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإعتاق؛ لأنا تيقنا بكونه في البطن وقت الإعتاق، لأن الولد لا يولد لأقل من ستة أشهر فيثبت ولاؤه بالإعتاق فلا يتحول.

ولو جاءت بولد لستة أشهر فصاعداً يتحول ولاؤه إلى موالي الأب؛ لأنا لم نعلم يقيناً أنه كان في البطن وقت إعتاق الأم، فيجعل كأنها حبلت بعد العتق فيكون حُرًّا تبعاً للأم، ويثبت له الولاء من موالي أمه على جهة التبعية، وولاء الولد إذا ثبت لموالي الأُم على وجه التبعية يتحول إلى موالي الأب إذا أعتق الأب، لما نذكر، إن شاء الله ـ عزَّ وجلَّ ـ.

وإذا كان الأم معتدة من طلاق أو موت، فإن نسب الولد يثبت إلى سنتين، لأن الوطء كان حراماً فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد في البطن يوم الإعتاق، فإذا حكمنا بوجوده يوم الإعتاق يثبت الولاء بالإعتاق، فلا يتحول إلى غيره، وإذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها، لأن الولد يتبع الأُم في الرق والحرية.

فإن أعتق أبوه جَرَّ ولاء الولد إلى مولاه؛ هكذا رُوِيَ عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: إذا كانت الحرة تحت مملوك فولدتْ، عُتق الولد بعتقها، فإذا أعتق أبوه جر الولاء.

وعن الزبير بن العوام ـ رضي الله عنه ـ أنه أَبْصَرَ فتيةً لعساء أعجبه ظرفهم، وأمهم مولاة لرافع بن خديج ـ رضي الله عنه ـ وأبوهم عبدٌ لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، ثم قال: انتسبوا إِليّ، وقال رافع: بل هم مواليَّ، فاختصما إلى عثمان ـ رضي الله عنه ـ في ولاء الولد، فقضى بولائهم للزبير[1]، يعني: أن الأب جر ولاء ولده إلى مولاهم، وهو الزبير حين أعتقه الزبير، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ ولم ينقل أنه أنكر عليه، فيكون إجماعاً، ولأن الأصل في الولاء هو الأب، لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والأب هو الأصل في النسب حتى ينسب الولد إلى الأب ولا ينسب إلى الأم إِلا عند تعذر النسب إلى الأب.

---

(١) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/٣٠٧) كتاب الولاء: باب ما جاء في جر الولاء.

وكذا في اعتبار الولاء وإنما يعتبر جانب الأم عند تعذر الاعتبار من جانب الأب؛ بأنْ لم يكن من أهل الولاء ولا تعذر هٰهنا فيعتبر جانبه، ولأن الإرث بالولاء من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الأب أقوى، فكان أولى.

ولو مات الأب عبداً ولم يعتق، كان ولاء ولده لموالي الأم أبداً؛ لتعذر اعتبار جانب الأب.

وأما الجد فهل يجرُّ ولاء الحاقد بأن كان للأَب الذي هو عبد أب عبد؛ وهو جد الصبي فأعتق الجد والأب عبدٌ على حاله؟

قال عامة العلماء: لا يجر، ولا يكون مسلماً بإسلام الجد، وولاء أولاد ابنه العبد لموالي الأُم لا لموالي الجد.

٢/٢١٦أ وقال الشعبي: يجر ويكون مسلماً بإسلام الجد/ وجه قوله إن الجد يقوم مقام الأب في الولاية، فإن الأب إذا كان عبداً تتحول الولاية إلى الجد، فكذا يقوم مقامه في جر الولاء والإسلام.

ولنا أن الأب فاصل بين الابن والجد، فلا يكون الابن تابعاً له في الولاء والإسلام، ولأن الجد لو جر الولاء لكان لا يثبت الولاء لموالي الأُم رأساً؛ إذ لا شك أن أصله يكون حُرًّا، أما من الجد، أي: لأَبيه أو من قبله من الأَجداد إلى آدم ـ ﷺ ـ فلما ثبت الولاء لموالي الأم في الجملة، ثبت أن الجد لا يجر، وكذا لا يصير مسلماً بإسلام الجد؛ لأنه لو صار مسلماً بإسلامه لصار مسلماً بإسلام جد الجد، ولكان الناس كلهم مسلمين بإسلام آدم ﷺ، وينبغي أن لا يجوز استرقاق أحد، والمعلوم بخلافه، فثبت أن القول يجعل الولد تابعاً للجد في الولاء باطلٌ.

وأما بيان قدره: فالولاء يثبت بقدر العتق، لأن سبب ثبوته العتق، والحكم يتقدر بقدر السبب، وبيانه في العبد المشترك بين اثنين، أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر أو معسر، وقد ذكرنا الاختلاف فيه في «كتاب العتاق»؛ بناءً على تجزي العتق وعدم تجزيه، والله أعلم.

وأما بيان حكم الولاء فله أحكامٌ: منها الميراث: وهو أن يرث المعتق مال المعتق؛ لما ذكرنا من الأدلة، ويرث مال أولاده عند وجود شرط الإرث وهو ما ذكرنا.

ومنها: تحمُّل العقل للتقصير في النصرة والحفظ.

ومنها: ولاية الإنكاح؛ لأنه آخر العصبات، ثم إذا ورث المعتق مال المعتق، فإن كان العتق معلوماً يدفع إليه، وإن لم يعلم توقف الولاء كما إذا اشترى رجلٌ عبداً، ثم إن المشتري

أقر أن البائع كان قد أعتقه قبل أن يبيعه، فهو حُرٌّ، وولاؤه موقوف إذا جحد البائع ذلك، فإنْ صدقه بعد ذلك لزمه الولاء، وعليه أن يرد الثمن على المشتري.

وكذا إِن صدقه ورثته بعد موته، أما حرية العبد، فإِن إِعتاق البائع إِن لم يثبت في حق البائع بإِقرار المشتري لتكذيب البائع إياه، فقد ثبت في حقه؛ لأنه في إِقراره على نفسه مصدق إِن لم يصدق على غيره، فيثبت إِعتاق البائع حقه، فيثبت حرية العبد في حقه، لكن ليس له أن يرجع بالثمن على البائع؛ لأن إِقراره بالإِعتاق لم ينفذ في حقه لتكذيبه إياه، فلم يثبت عتق العبد في حقه.

وأما كون الولاء موقوفاً فلأنه لا يمكن إِثباته للمشتري؛ لأنه لم يوجد منه الإِقرار بإِعتاق العبد عن نفسه، ولا يمكن إِثباته للبائع، لأن إِقرار المشتري لم ينفذ عليه، فلم يكن العتق معلوماً، فيبقى ولاء العبد موقوفاً على تصديق البائع له وورثته، فإِن صدقه البائع لزمه الولاء لوجود الإِعتاق منه بإقراره، ولزمه رد الثمن إلى المشتري؛ لأن تبين أنه باع حُرًّا.

وكذا إذا مات البائع فصدقه ورثة المشتري؛ لأن ورثته قاموا مقام الميت، فصار تصديقهم كتصديق الميت، هذا إذا أقر المشتري بإِعتاق البائع فإِن أقر بتدبيره، وأنكر البائع فمات البائع، عتق العبد، لأن إقرار المشتري بالتدبير من البائع إِقرار منه بإِعتاقه للعبد بعد موته، فإِذا مات نفذ إِقراره في حقه إِن لم ينفذ في حق البائع لما قلنا، فيحكم بحرية العبد على المشتري، وولاؤه يكون موقوفاً لما قلنا، إِلاَّ إذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحساناً، والقياس أن لا تلزمه في هذا، وفي الوجه الأول أيضاً.

وَجه القياس أنَّ وَلاَءَ الميت لم يثبت، فالورثة بالتصديق يريدون إِثبات ولاء لم يثبت، فلا يملكون ذلك كما لا يملكون إِثبات النسب [عليه][1].

وجه الاستحسان أن تصديقهم إِقرار منهم بما يملكون إنشاء سببه في الحال؛ لأَنهم يملكون إعتاق العبد للحال، فكان إِقراراً على أنفسهم بثبوت الولاء لهم في الحقيقة، فيصح إِقرارهم في حق أنفسهم بثبوت الولاء.

وكذلك أمةٌ بين رجلين شَهِدَ كُلُّ واحد منهما أنها أم ولد من صاحبه، وصاحبه ينكر، فإذا مات أحدهما عُتقت الجارية، وولاؤها موقوفٌ، أما العتق فلأن كل واحد منهما أقر على صاحبه بعتقها عند موت صاحبه، فيصح إِقرار كل واحد منهما في حق نفسه، ويكون ولاؤها موقوفاً، لأن كل واحد منهما نفي الولاء عن نفسه وألحقه بصاحبه، فانتفى عن نفسه ولم يلحق بصاحبه، فبقي موقوفاً.

---

(١) سقط من ط.

وكذلك عَبْدٌ بين رجلين قال كلٌّ واحد منهما لصاحبه: إنك قد أعتقت هذا العبد، وجحد الآخر، فالعبد حر، وولاؤه موقوفٌ حتى لو مات وترك مالاً لم يرثه واحدٌ منهما، ويوقف في بيت المال إلى أن يصدق أحدهما صاحبه/ لما قلنا. ٢/٢١٦ب

وعلى هذا مسائل: ثم كل ولاء موقوف فميراثه يوقف في بيت المال، وجناية العبد على نفسه لا يعقل عنه بيت المال، وإنما يوقف ميراثه ببيت المال؛ لأن ولاءه موقوف لا يعرف لمن هو، فكان ميراثه موقوفاً أيضاً؛ لأنه يثبت به فيوقف في بين المال كاللقطة.

وأما جنايته فإنما لا تتحمل عنه ببيت المال، لأن له عاقلة غير بيت المال وهو نفسه، فلا يجوز حمل عقله على بيت المال، ويصير هو عاقلة نفسه في هذه الحالة لجهالة مولاه، بخلاف الميراث فإنه لا يمكن إثباته لغير مستحقه، ولا يستحق إلا أحدهما وهو غير معلوم، فيوضع في بيت المال ضرورة، وهذا بخلاف اللقيط أنه يرثه بيت المال ويعقل عنه أيضاً؛ لأن هٰهنا ولاؤه كان ثابتاً من إنسان، إلا أنه لا يعرف، وإنما يجعل العقل على بيت المال إذا لم يكن له ولاء ثابت، إلا أن ميراثه يوضع في بيت المال لأنه مال ضائع، ولا يثبت ولاء اللقيط من أحدٍ، فكان عقله على بين المال؛ كما أن ميراثه لبيت المال، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما بيان ما يظهر به الولاء، فالولاء يظهر بالبينة مرة وبالإقرار أخرى، أما البينة فنحو أن يدعي رَجُل أنه وارثه بولاء العتاقة، فيشهد له شاهدان أن هذا الحيَّ أعتق هذا الحي، أو أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه، ولا يعلمون له وارثاً غيره، جازت الشهادة؛ لأنهم شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها، فقبلت، ولو شهدا أن الميت مولاه وأنه وارثه لا وارث له غيره، لم تجز الشهادة حتى يفسر الولاء؛ لأن الولاء يختلف قد يكون ولاء عتاقة وقد يكون ولاء موالاة، وأحكامها تختلف، فما لم يفسر كان مجهولاً، فلا يقبل الشهادة عليه.

وكذلك لو شهدوا أن الميت مولاه مولى العتاقة أيضاً، لم يجز، لأن مولى العتاقة نوعان: أعلى وأسفل، واسم المولى يستعمل في كل واحد منهما على السواء، فلا تقبل الشهادة إلا بالبيان والتفسير.

ولو ادعى رجلان ولاءه بالعتق، وأقام كل واحد منهما بينة، جعل ميراثه بينهما؛ لأنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة، فيستويان في الاستحقاق، ولو وقتاً وقتاً فالسابق وقتاً أَوْلَىٰ لأنه أثبت العتق في وقت لا ينازعه فيه صاحبه، وكان الثاني مستحقاً عليه، ولو كان هذا في ولاء المولاة كان صاحب الوقت الآخر أَوْلَىٰ، لأنَ ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ، فكان عقد الثاني نقضاً للأول إلاَّ أن يشهد شهود صاحب الوقت الأول أنه كان قد عقل عنه؛ لأنه حينئذٍ لا يحتمل النقض، فأشبه ولاء العتاقة، وإن أقام رجل البينة أنه أعتقه وهو بملكه لا يعلمون له وارثاً سواه، فقضى له القاضي بميراثه وولائه، ثم أقام آخر البينة على

مثل ذلك، لم يقبل إلاَّ أن يشهدوا أنه اشترى من الأول قبل أن يعلقه، ثم أعتقه وهو يملكه، فيبطل قضاء الأول؛ لأن الأصل أن القاضي إذا قضى بقضية فإنه لا يسمع ما ينافيها إلاَّ إذا تبين أن القضاء الأَول كان باطلاً، وإذا لم يشهدوا أنه اشتراه من الأول قبل أن يعتقه، ثم تبين بطلان القضاء الأول، فلا تقبل البينة من الثاني إلاَّ إذا قامت على الشراء من الأول قبل أن يعتقه، فيقبل ويقضي الثاني ويبطل قضاؤه للأول؛ لأنه تبين بهذه الشهادة أو الأول أعتق ما لا يملك، فتبين أنه وقع باطلاً وصح الثاني.

وأما الإقرار فنحو أن يُقِرَّ رجلٌ أَنه مولى لفلان؛ مولى عتاقة من فوق أو تحت، وصدقه الآخر وهو مولاه، يرثه ويعقل عنه قومه، لأن الولاء سبب يتوارث به، فيصح الإقرار به كالنسب والنكاح، فإن كان له أولاد كبار فأنكروا ذلك، وقالوا: أبونا مولى العتاقة لفلان آخر، فالأب مصدق على نفسه، وأولاده مصدقون على أنفسهم؛ لأنه لا ولاية للأب على الأولاد الكبار، فلا ينفذ إقراره عليهم، ويصح إقرارهم على أنفسهم، لأن لهم ولاية على أنفسهم، وإن كان الأولاد صغاراً كان الأب مصدقاً [عليهم][1] لأنه له ولاية على أولاده الصغار.

أَلاَ تَرَىٰ أنه لو عقد مع إنسان عقد الولاء تبعه أولاده الصغار، وإن كذبته الأُم ونفت ولاءه، لم يلتفت إلى قولها، ويؤخذ بقول الأب، لأن الأب إذا كان حيًّا كانت الولاية له، والولاء يشبه النسب، والنسب إلى الآباء.

وكذلك إن قالت: هم ولدي من غيرك، لم تصدق لأنهم في يد الأب دون الأُم، فلا تصدق الأُم أنهم لغيره، فإن قالت: ولدته بعد عتقي بخمسة أشهر، فهو مولى الموالي، وقال الزوج: ولدتيه بعد عتقك بستة أشهر، فالقولُ قول الزوج، لأن الولد ظهر في حال يكون ولاؤه لمولى الأب، والمرأة تدعي أنها ولدت في حال يكون ولاؤه لمولى/ الأم، فكان الحال شاهداً ٢/٢١٧أ للزوج، فلا يقبل قولها إلا ببينةٍ، ونظير هذا الزوج والمرأة إذا اختلفا، فقال أحدهما: كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج، وقال الآخر: كان النكاح منذ أربعة أشهر، فالقولُ قولُ الذي يدعي أن النكاح قبل ستة أشهر؛ لأن الولد ظهر في حال إثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح، ويصح الإقرار بولاء العتاقة في الصحة والمرض، لأنه سبب التوارث، فيستوي فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح، ولو قال: أعتقني فلان أو فلان، وادعاه كل واحد منهما على صاحبه، فهذا الإقرار باطلٌ؛ لأنه إقرار بمجهول، فإن أقر بعد ذلك لأحدهما أو لغيره أنه مولاه، جاز؛ لأن إقراره الأول وقع باطلاً لجهالة المقر له، والولاء لا يثبت من المجهول كالنسب، فبطل والتحق بالعدم، فبعد ذلك له أن يقر لمن شاء، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

---

(١) سقط من ط.

فصل في ولاء الموالاة

وأما ولاء الموالاة فالكلام فيه في مواضع: في بيان ثبوته شرعاً، وفي بيان سبب الثبوت، وفي بيان شرائط الثبوت، وفي بيان صفة السبب، وفي بيان حكمه، وفي بيان صفة الحكم، وفي بيان ما يظهر به.

أما الأول: فقد اختلف في ثبوت هذا الولاء، قال أصحابنا أنه ثابتٌ ويقع به التوارث، وهو قول: عمر، وعلي، وعبد الله بن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ، وهو قول إبراهيم النخعي، وقال زيد بن ثابت ـ رضي الله عنه ـ أنه يورث به ويوضع في بيت المال، وبه أخذ مالك والشافعي.

وجه قولهما: إن في عقد الولاء إبطال حق جماعة المسلمين، لأنه إذا لم يكن للعاقد وارث كان ورثته جماعة المسلمين، ألا ترى أنهم يعقلون عنه فقاموا مقام الورثة المعينين، وكما لا يقدر على إبطال حقهم، لا يقدر على إبطال حق من قام مقامهم، ولهذا قالا: إذا أوصى بجميع ماله لإنسان ولا وارث له لم يصح، لأنه إذا لم يكن له وارث معين، كان وارثه جماعة المسلمين، فلا يملك إبطال حقهم؛ كذا هذا.

والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب الكريم: فقولهُ ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] والمراد من النصيب: الميراث؛ لأنه ـ سبحانه وتعالى ـ أضاف النصيب إليهم، فيدل على قيام حق لهم مقدر في البركة وهو الميراث؛ لأن هذا معطوف على قوله: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٣٣] لكن عند عدم ذوي الأرحام عرفناه بقوله: ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ﴾[الأنفال: ٧٥].

وأما السنة فما روي عن تميم الداري ـ رضي الله عنه ـ أنه قال سألتُ رسولَ الله ـ ﷺ ـ عَمَّنْ أسلم على يدي رجلٍ ووالاه، فقال ـ ﷺ ـ: **«هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ، مَحْيَاهُ وَمَمَاتُهُ»**[1] أي: حال حياته وحال موته، أراد به ـ ﷺ ـ محياه في العقل، ومماته في الميراث.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦/ ٢٠) رقم (٩٨٧٢) وابن أبي شيبة (١١/ ٤٠٨) رقم (١١٦٢٢) وأحمد (٤/ ١٠٣) والترمذي (٤/ ٤٢٧) كتاب الفرائض: باب ميراث الذي يسلم على يد رجل حديث (٢١١٢) وابن ماجه (٢/ ٩١٩) كتاب الفرائض: باب الرجل يسلم على يد الرجل حديث (٢٧٥٢) وسعيد بن منصور (١/ ٩٩) رقم (٢٠٣) والدارمي (٢/ ٣٧٧) كتاب الفرائض: باب في الرجل يولي الرجل والفسوي في «المعرفة والتاريخ» (٢/ ٤٣٩) وأبو يعلى في «مسنده» (١٣/ ١٠٢ ـ ١٠٣) رقم (٧١٦٥) والدارقطني (٤/ ١٨١ ـ ١٨٢) كتاب المكاتب: باب الرضاع حديث (٣١، ٣٢، ٣٣) والبيهقي (١٠/ ٢٩٦) كتاب الولاء: باب =

....

= علة حديث روى فيه عن تميم الداري مرفوعاً، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٧/ ٥٣) كلهم من طريق عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز عن عبد الله بن موهب عن تميم الداري به.

قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن وهب ـ ويقال: ابن موهب ـ عن تميم الداري وقد أدخل بعضهم بين عبد الله بن وهب وبين تميم الداري قبيصة بن ذؤيب ولا يصح ا هـ.

أما الذين رووه من هذا الطريق أبو داود (٣/ ٣٣٣) كتاب الفرائض: باب الرجل يسلم على يدي الرجل حديث (٢٩١٨) والبخاري في «التاريخ الكبير» (٥/ ١٩٨) والفسوي في «المعرفة والتاريخ» (٢/ ٤٣٩) والحاكم (٢/ ٢١٩) كتاب المكاتب: باب يؤدي المكاتب بقدر ما عتق منه... والبيهقي (١٠/ ٢٩٧) كتاب الولاء: باب علة حديث روى فيه عن تميم الداري مرفوعاً، كلهم من طريق يحيى بن حمزة ثنا عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز قال سمعت عبد الله بن موهب يحدث عمر بن عبد العزيز عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل الكافر يسلم على يدي المسلم؟ فقال رسول الله ﷺ: «هو أولى الناس به حياته ومماته».

وقد قوى أبو زرعة هذا الطريق فقال في «تاريخه» (١/ ٥٧١) هذا حديث متصل حسن المخرج والإتصال لم نر أحداً من أهل العلم يدفعه ا هـ.

قلت: دفعه أبو حاتم فرجح الطريق الأول عليه وهو الطريق الذي ليس فيه قبيصة بن ذؤيب.

فقال ولده في «العلل» (٢/ ٥٢) رقم (١٦٤٢). سألت أبي عن حديث رواه يحيى بن حمزة عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز عن ابن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري عن النبي ﷺ في الرجل يسلم على يد الرجل قال أبي: حدثنا أبو نعيم عن عبد العزيز عن ابن موهب قال: سمعت تميم الداري عن النبي ﷺ قال أبي: أبو نعيم أحفظ وأتقن، قلت لأبي: يحيى بن حمزة أفهم بأهل بلده، قال: أبو نعيم في كل شيء أحفظ وأتقن ا هـ.

وقد اختلف في «تضعيف هذا الحديث وتصحيحه فضعفه الشافعي.

قال البيهقي في «المعرفة» (٧/ ٥١٠): قال الشافعي: أنه ليس بثابت إنما يرويه عبد العزيز بن عمر عن ابن موهب عن تميم الداري وابن موهب ليس معروفاً عندنا ولا نعلمه لقي تميماً الداري وضعفه أحمد.

قال الخطابي في «معالم السنن» (٤/ ١٠٤). وضعف أحمد بن حنبل حديث تميم الداري هذا وقال: عبد العزيز راويه ليس من أهل الحفظ والإتقان ا. هـ قلت: وقد رجح أحمد بن حنبل طريق ابن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم.

فقال العلائي في «جامع التحصيل» (ص ـ ٢١٧). وقال أحمد بن حنبل في حديثه عن تميم: قلت يا رسول الله: أرأيت الرجل من أهل الكتاب يسلم على يدي الرجل.. الحديث، إنما هو ابن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم.

وضعفه ابن المنذر.

فقال كما في «نصب الراية» (٤/ ١٥٧) لم يروه غير عبد العزيز بن عمر، وهو شيخ ليس من أهل الحفظ وقد اضطربت روايته فيه وضعفه البيهقي.

فقال في «مناقب الشافعي» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٥٧). وقد صرح بعض الرواة فيه بسماع ابن موهب من تميم وضعفه البخاري وأدخل بعضهم بينه وبين تميم قبيصة وهو أيضاً ضعيف ا هـ. =

....

= وضعفه ابن القطان.

قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/١٥٧): وقال ابن القطان في «كتابه» وعلة هذا الحديث الجهل بحال عبد الله بن موهب فإنه لا يعرف حاله، وكان قاضي فلسطين ولم يعرفه ابن معين وقد اختلفوا فيه على عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز فرواه الترمذي من حديث أبي أسامة وابن نمير ووكيع عن عبد الله بن موهب عن تميم الداري ورواه يحيى بن حمزة عنه فأدخل بينهما قبيصة بن ذؤيب وهو الأصوب وعبد العزيز هذا ليس به بأس والحديث من أجل عبد الله بن موهب هذا لا يصح ا هـ.

ويتلخص مما سبق أن هذا الحديث أعل بعدة علل وهي جهالة عبد الله بن موهب.

الانقطاع بين عبد الله بن موهب وتميم.

ضعف حفظ عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز.

ـ الإجابة عن هذه العلل وتقيدها ـ أما العلة الأولى وهي جهالة عبد الله بن موهب وبها أعله الشافعي وابن القطان.

أما هو فقد وثقه العجلي والفسوي.

فقال العجلي في «تاريخ الثقات» رقم (٨٩٥). شامي ثقة وقال الفسوي في «المعرفة والتاريخ» (٢/ ٤٣٩). ثقة وذكره البخاري في «التاريخ الكبير» (٥/ ١٩٨ ـ ١٩٩) ولم يذكر فيه جرحاً ولا تعديلاً وقال الذهبي في «الكاشف» رقم (٢/ ١٣٥): صدوق وقال الحافظ في «التقريب» (١/ ٤٥٥) رقم (٦٧٦). ثقة.

أما قول ابن القطان: أن ابن معين لم يعرفه فلا حجة فيه فقد عرفه غيره ووثقه أيضاً.

ـ أما العلة الثانية وهي الانقطاع بين عبد الله بن موهب وتميم الداري والتي أعل الحديث بها البخاري في «تاريخه الكبير» والشافعي ويعقوب بن سفيان والبيهقي وغيرهم فلا يوجد انقطاع بينهما كما سيأتي بيانه.

فقد صرح عبد الله بن موهب بسماع هذا الحديث من تميم الداري رضي الله عنه وقد وقع تصريحه بالسماع من تميم عند ابن أبي شيبة وأحمد والدارمي وابن ماجه والدارقطني ويعقوب بن سفيان وابن أبي حاتم في «العلل» والبيهقي، لتزول بذلك علة الانقطاع بين عبد الله بن موهب وتميم الداري.

وإن سلمنا بالانقطاع بينهما فقد رواه عبد الله بن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري.

وقد رجح هذا الطريق أبو زرعة وابن القطان في كتابه والذي يظهر من ذلك أن عبد الله بن موهب كان يرويه على الوجهين فمرة يرويه عن تميم الداري وأخرى يرويه عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم.

ـ أما العلة الثالثة وهي ضعف حفظ عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز وقد أعل الحديث بهذه العلة أحمد بن حنبل وابن المنذر كما في «نصب الراية» (٤/١٥٧).

وقد تعقبهما الزيلعي فقال: عبد العزيز هذا من رجال الصحيحين، وقال ابن معين ثقة روي يسيراً، وقال أبو زرعة: لا بأس به، وقال أبو نعيم: ثقة، وقال ابن عمار: ثقة لا اختلاف فيه ا هـ.

وقال ابن القطان في كتابه كما في «نصب الراية» (٤/١٥٧): وعبد العزيز هذا ليس به بأس ا هـ.

قلت: وقد وثقه أيضاً أبو داود فقال: ثقة، وقال النسائي: ليس به بأس وذكره ابن حبان في «الثقات» ينظر التهذيب (٦/ ٣٥٠).

وبهذا تزول العلل التي أعل بها هذا الحديث.

....

= والحديث حسنه ابن القيم في «تهذيب سنن أبي داود» (٤/ ١٨٦) وحسنه أبو زرعة الدمشقي كما تقدم فقال: وهذا حديث حسن متصل لم أر أحداً من أهل العلم يدفعه.
وذكره الألباني في «السلسلة الصحيحة» (٥/ ٤٠٣) وقال: فالحديث على أقل الدرجات حسن ا هـ.
وللحديث شواهد من حديث أبي أمامة وعمرو بن العاص وراشد بن سعد حديث أبي أمامة.
أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١/ ٩٨ ـ ٩٩) رقم (٢٠٠) والدارقطني (٤/ ١٨١) كتاب الرضاع: حديث (٣٢) والبيهقي (١٠/ ٢٩٨) كتاب الولاء: والطبراني في «الكبير» (٨/ ٢٢٣) رقم (٧٧٨١) ومسدد في «مسنده» كما في «المطالب العالية» (١/ ٤٤٣) رقم (١٤٨١) وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٣٩٩) كلهم من طريق معاوية بن يحيى الصدفي عن القاسم عن أبي أمامة قال قال رسول الله ﷺ: من أسلم على يديه رجل فهو مولاه.
وهذا الحديث ضعيف من أجل معاوية بن يحيى الصدفي.
قال الدارقطني: الصدفي ضعيف.
وأسند ابن عدي تضعيفه عن ابن معين والنسائي وابن المديني والسعدي فقال ابن معين: ليس بشيء.
وقال ابن المديني: ضعيف.
وقال النسائي: ضعيف.
وقال السعدي: ذاهب الحديث.
وقال ابن عدي: عامة رواياته فيها نظر.
والحديث ذكره ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٥٣) رقم (١٢٤٦) وقال: وسمعت أبا زرعة وقرأ علينا كتاب الفرائض فانتهى إلى حديث كان عنده عن عمرو الناقد عن عيسى بن يونس عن معاوية بن يحيى عن القاسم بن عبد الرحمٰن عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: من أسلم على يديه رجل فهو ولاؤه. فامتنع أبو زرعة من قراءته علينا ولم نسمعه منه ا هـ.
وذكره أيضاً الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٣٧) وقال: رواه الطبراني وفيه معاوية بن يحيى الصدفي وهو ضعيف ا هـ.
وذكره الحافظ ابن حجر في «المطالب العالية» (١٤٨١) وعزاه لمسدد.
لكن معاوية بن يحيى الصدفي لم ينفرد به بل تابعه جعفر بن الزبير عن القاسم عن أبي أمامة بنحوه.
أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢/ ١٣٥) والبيهقي (١٠/ ٢٩٨) كتاب الولاء وابن الجوزي في «الموضوعات» (٣/ ٢٣٠) من طريق جعفر بن الزبير عن القاسم بن عبد الرحمٰن عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «من أسلم على يدي رجل فله ولاؤه».
وقال ابن الجوزي: جعفر يكذب وتابعه معاوية بن يحيى الصدفي وليس بشيء.
وقد أسند ابن عدي عن البخاري والنسائي ويحيى والفلاس والسعدي.
فقال البخاري: متروك الحديث تركوه، وقال النسائي: متروك الحديث.
وقال يحيى بن معين: ليس بثقة، وقال الفلاس: متروك.
وقال السعدي: نبذوا حديثه.
وقال ابن عدي: والضعف على حديثه بين وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٥٧): وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة ابن عدي وقال: جعفر متروك وكان رجلاً صالحاً ا هـ. =

وأما المعقول: فهو أن بيت المال إنما يرث لولاء الإيمان فقط، لأنه بيت مال المؤمنين، قال الله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١] وللمولى هذا الولاء، وولاء أخر بالمعاقدة[١]، فكان أولى من عامة المؤمنين.

ألا ترى أن مولى العتاقة أولى من بيت المال؛ للتساوي في ولاء الإيمان والترجيح لولاء العتق؛ كذا هذا؛ إلا أن مولى الموالاة يتأخر عن سائر الأقارب، ومولى العتاقة يتقدم على ذوي الأرحام، لأن الولاء بالرحم فوق الولاء بالعقد، فيخلف عن ذوي الأرحام، وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالإعتاق الذي هو إحياء وإيلاد معنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى؛ ولذلك قال ـ ﷺ ـ: **«الوَلاَءُ لحْمَةٌ كَلحْمَةِ النَّسَبِ»**.

وأما قولهما إن جماعة المسلمين ورثته، فلا يقدر على إبطال حقهم بالعقد، فنقول: إنما يصيرون ورثته إذا مات قبل المعاقدة، فأما بعد المعاقدة فلا، والدليل على بطلان هذا الكلام أنه تصح وصيته بالثلث، ولو كان كذلك لما صحت لكونها وصية للوارث.

وأما سبب ثبوته فالعقد وهو الإيجاب القبول، وهو أن يقول الذي أسلم على يد إنسان له أو لغيره: أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت، فيقول قبلت، سواء قال ذلك للذي أسلم على يديه أو لآخر بعد أن ذكر الإرث والعقل في العقد.

= **ـ حديث عمرو بن العاص**

أخرجه إسحاق بن راهويه في «مسنده» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٥٧ ـ ١٥٨) حدثنا بقية بن الوليد حدثني كثير بن مرة النهراني ثنا شيخ من باهلة عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إن رجلاً أسلم على يدي وله مال وقد مات قال: فلك ميراثه.

ومن طريق إسحاق رواه الطبراني

والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٣٥) وقال: رواه الطبراني من رواية بقية قال: حدثني كثير بن مرة فإن كان سمع منه فالحديث صحيح ا هـ.

قلت: أني له الصحة وفيه جهالة الشيخ الذي حدث عن عمرو بن العاص.

ـ مرسل راشد بن سعد

أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١/ ٩٩) رقم (٢٠١، ٢٠٢) من طريق الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد قال: سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يسلم على يدي الرجل قال: هو أولى الناس به يرثه ويعقل عنه والأحوص ضعيف.

قال الحافظ في «التقريب» (١/ ٤٩) رقم (٣٢٨): ضعيف الحفظ وهذا الحديث ذكره الحافظ ابن حجر في «المطالب العالية» (١/ ٤٤٣) رقم (١٤٨٠) وعزاه لمسدد.

والحديث أي حديث تميم الداري بشواهده من حديث أبي أمامة وعمرو بن العاص ومرسل راشد بن سعد لا يشك منصف في صحته.

(١) في ط: وولاء المعاقدة.

ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره، فهو مولى للذي والاه عند عامة العلماء، وعند عطاء هو مولى للذي أسلم على يده، والصحيح قول العامة لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَالَّذِي عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] جعل الولاء للعاقد، وكذا لم ينقل أن الصحابة أثبتوا الولاء بنفس الإسلام، وكل الناس[١]/ كانوا يسلمون على عهد رسول الله ﷺ والصحابة ٢/ ٢١٧ب والتابعين، وكان لا يقول أحد لمن أسلم على يد أحد أنه ليس له أن يوالي غير الذي أسلم على يده، فثبت أن نفس الإسلام على يد رجل ليس سبباً لثبوت الولاء له، بل السبب هو العقد، فما لم يوجد لا يثبت الإرث والعقل.

وأما شرائط العقد: فمنها عقل العاقد؛ إذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل، وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الإيجاب، فلا ينعقد الإيجاب من الصبي وإن كان عاقلاً؛ حتى لو أسلم الصبي العاقل على يد رجل والاه، لم يجز، وإن أذن أبوه الكافر بذلك، لأن هذا عقد وعقود الصبي العاقل إنما يقف على إذن وليه، ولا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم، فكان إذنه والعدم بمنزلة واحدة؛ ولهذا لا تجوز سائر عقوده بإذنه كالبيع ونحوه؛ كذا عقود الموالاة.

وأما من جانب القبول فهو شرط النفاذ، حتى لو والى بالغ صبيًا، فقبل الصبي، ينعقد موقوفاً على إجازة أبيه أو وصيه، فإن أجاز جاز؛ لأن هذا نوع عقد، فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله في سائر العقود، فيجوز بإذن وليه ووصيه كسائر العقود، وللأب والوصي أن يقبلا عنه كما في البيع ونحوه.

وكذلك لو والى رجلٌ عبداً فقبل العبد، وقف على إجازة المولى، فإذا أجاز جاز إلا أن في العبد إذا أجاز المولى، فالولاء من المولى، وفي الصبي إذا أجاز الأب والوصي فيكون الولاء من الصبي، وإنما كان كذلك؛ لأن العبد لا يملك شيئاً، فوقع قبوله لمولاه.

أَلاَ تَرى أنه لو اشترى شيئاً كان المشتري لمولاه، فأما الصبي فهو من أهل الملك، ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً كان المشتري له، ولو والى رجل مكاتباً جاز، وكان مولى لمولى المكاتب، لأن قبول المكاتب صحيح؛ ألا ترى أنه يملك الشراء، فجاز قبوله إلا أن الولاء يكون للمولى، لأن المكاتب ليس من أهل الولاء.

ألا ترى أنه لو كاتب عبداً فأدى وعتق، كان الولاء للمولى، بخلاف الصبي فإنه من أهل الولاء؛ ألا يرى أن الأب لو كاتب عبد ابنه الصغير فأدى فعتق، ثبت[٢] الولاء من الابن.

---

(١) في أ: وكذا.

(٢) في أ: فيكون.

وَأَمَّا الإِسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد، فيصح، فتجوز موالاة الذمي الذمي، والذمي المسلم، والمسلم الذمي؛ لأن الموالاة بمنزلة الوصية بالمال، ولو أوصى ذمي لذمي، أو لمسلم، أو مسلم لذمي بالمال، جازت الوصية؛ كذا الموالاة، وكذا الذمي إذا والى ذميًا ثم أسلم الأسفل، جاز لما قلنا.

وكذا الذكورة ليست بشرط، فتجوزُ موالاة الرجل امرأة والمرأة رجلاً، وكذا دار الإِسلام حتى لو أسلم حربي فوالى مسلماً في دار الإِسلام، أو في دار الحرب، فهو مولاه، لأن الموالاة عقد من العقود، فلا يختلف بالذكورة والأنوثة وبدار الإِسلام وبدار الحرب، والله - عزَّ وجلَّ - أعلم.

ومنها: ألا يكون للعاقد وارث، وهو أن لا يكون له من أقاربه من برئه، فإن كان لم يصح العقد، لأن القرابة أقوى[1] من العقد، ولقوله - عزَّ وجلَّ - ﴿وَأُولُو الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وإن كان له زوج أو زوجة، يصح العقد، وتعطى نصيبها والباقي للمولى.

ومنها: ألا يكون من العرب حتى لو والى عربيٌّ رجلاً من غير قبيلته، لم يكن مولاه، ولكن ينسب إلى عشيرته وهم يعقلون عنه، لأن جواز الموالاة للتناصر، والعرب يتناصرون بالقبائل، وإنما تجوز موالاة العجم؛ لأنهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها، فتجوز موالاتهم لأجل التناصر.

وأما الذي هو من العرب، فله قبيلة ينصرونه، والنصرة بالقبيلة أقوى، فلا يصير مولى، ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة، وكذا ولاء الموالاة؛ ولأنه لما لم يثبت عليه ولاء العتاقة مع أنه أقوى، فولاء الموالاة أولى، وكذا لو والت امرأة من العرب رجلاً من غير قبيلتها لما بينا.

ومنها: ألا يكون من موالي العرب؛ لأن مولاهم منهم؛ لقوله - ﷺ -: «**إِنَّ مَوْلَىٰ الْقَوْمِ مِنْهُمْ**».

ومنها: أن لا يكون معتق أحد، فإن كان لا يصح منه عقد الموالاة، لأن ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، وولاء الموالاة يلحقه الفسخ، فلا يجوز رفع الأقوى بالأضعف.

ومنها: أن لا يكون قد عقل عنه [بيت المال؛ لأنه لما عقل عنه بيت المال فقد صار

(١) في أ: أولى.

ولاؤه لجماعة المسلمين، فلا يجوز تحويله إلى واحد منهم بعينه][1] فإن كان قد عقل عنه لم تجز موالاته[2]؛ لأنه سواء كان عاقد غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال، حتى لو مات فإن ميراثه لمن عاقده أولاً فعقل عنه، أو لبيت المال؛ لأنه لما عاقد غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده، ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ؛ لما يذكر؛ فلا يصح/ معاقدته غيره. ٢/٢١٨أ

وكذا إذا عقل عن الذي يواليه، وإن كان عاقد غيره ولم يعقل عنه، جاز عقده مع آخر؛ لأن مجرد العقد بدون العقل غير لازم، فكان إقدامه على الثاني فسخاً للأول.

وأما صفة العقد فهو أنه عقد جائز غير لازم، حتى لو والى رجلاً كان له أن يتحول عنه بولائه إلى غيره؛ لأنه عقد لا يملك به شيءٌ، فلم يكن لازماً كالوكالة والشركة؛ لأنه بمنزلة الوصية بالمال، والوصية غير لازمة، فكذا عقد الموالاة إلا إذا عقل عنه؛ لأنه إذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضي، وفي التحول به إلى غيره فسخ قضائه، فلا يملك فسخ القضاء، وكذا له أن يفسخه صريحاً قبل أن يعقل عنه؛ لأن كل عقد غير لازم لكلٍّ واحد من العاقدين فسخُهُ كسائر العقود التي هي غير لازمة؛ ولأن كل عقد يجوز لأحَد العاقدين فسخه يجوزُ للآخر كسائر العقود القابلة للفسخ، وههنا يجوز لأحد العاقدين فسخه وهو القابل، فكذا الآخر إلاَّ أنه ليس له أن يفسخه إلا بحضرة الآخر أي: بعلمه، لأنه تعلق به حق الآخر، فلا يملك انتقاضه[3] مقصوراً من غير علمه؛ كعزل الوكيل مقصوراً من غير علمه، إلا أن يوالي الأسفل آخر، فيكون ذلك نقضاً دلالة، وإن لم يحضر صاحبه أن انتقاضاً ضرورة؛ لأنه لا يملك موالاة غيره إلاَّ بانفساخ الأول، فينفسخ الأول دلالة وضرورة، وقد يثبت الشيء دلالة أو ضرورة؛ وإن كان لا يثبت قصداً؛ كمن وَكَّلَ رَجُلاً ببيع عبده، ثم عزله والوكيل غائب لم يعلم به، لم يصح عزله، ولو باع العبد أو أعتقه انعزل الوكيل، علم أو لم يعلم؛ كذا هذا، والله الموفق.

وأما حكم العقد، فالعقل في حال الحياة، والإرث بعد الموت، وهو أن المولى الأَعلى يعقل عنه في حال حياته ويرثه بعد موته، فيرث الأَعلى من الأسفل عندنا؛ لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم، ويرث الأسفل من الأعلى أيضاً إذا شرطا ذلك في المعاقدة؛ بخلاف ولاء العتاقة أن هناك يرث الأعلى من الأسفل، ولا يرث الأسفل من الأعلى، لأن سبب الإرث هناك وجد من الأعلى لا من الأسفل وهو العتق، والسبب هٰهنا العقد، وقد شرط فيه التوارث من الجانبين، فيعتبر ذلك لقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ[4] عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» وكما يثبت حكم الولاء في الرجال، يثبت في أولادهم الصغار تبعاً لهم حتى لو والى إنساناً وله أولاد صغار صاروا موالي للذي والاه الأب.

---

(١) بدل ما بين المعكوفين في أ: غير الذي يواليه.

(٢) في ط: يجزأ بدأ.

(٣) في ط: إسقاطه.

(٤) في أ: المؤمنون.

وكذا إذا والى إنساناً ثم ولد له أولاد، دخلوا في ولاء الأب بطريق التبعية، ولأن للأب ولاية على ولده الصغير، فينفذ عقده عليه ولا يصير أولاده الكبار موالي بموالاة الأب، لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ، حتى لو والى الأب إنساناً وله ابن كبير، فوالى رجلاً آخر فولاؤه له لا لمولى أبيه[١]، ولو كبر بعض أولاده الصغار فأراد التحول عنه إلى غيره، فإن كان المولى قد عقل عنه أو عن أبيه أو عن أحد [من][٢] إخوته، لم يكن له أن يتحول، وإن لم يكن عقل عن أحد منهم، كان له ذلك.

أما جواز التحول عند عدم العقل، فلأنه لو كان كبيراً وقت عقد الأب لجاز له التحول، وكذا إذا كبر في العقد، لأن المانع من السراية في الحالين واحد، وهو عدم التبعية والولاية.

وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضي به، وفي التحول فسخه، وهذا لا يجوز، فيلزم ضرورة، ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها أولاد صغارٌ، لا يصيرون موالي للذي والته أمهم، ولا تشبه الأم في هذا الباب الأب؛ لأنه ليس للمرأة ولاية أولادها الصغار.

ألا ترى أنها لا تشتري لهم ولا تبيع عليهم، وللأب أن يفعل ذلك، وذكر القاضي في شرحه «مختصر الطحاوي» الخلاف في المسألة، فقال: يثبت حكم ولائها في أولادها الصغار في قول أبي حنيفة، وعندهما لا يثبت.

ولو والى رجلٌ رجلاً، ثم ولد من امرأة قد والت رجلاً، فولاء الولد لمولى الأب؛ لأنه اجتمع ولا آن ولاء الأب وولاء الأم، فترجح جانب الأب؛ لأن للأب ولاية عليهم، ولا ولاية للأم.

ألا ترى أن للأب أن يعقد على ولده عقد البيع والنكاح، وليس للأم ذلك؛ فكذا عقد الولاء، وكذا لو والت وهي حبلى ولا يشبه هذا ولاء العتاقة؛ لأن في ولاء العتاقة إذا أعتقها وهي حبلى يثبت الولاء بالعتق، والعتق يثبت في الولد كما يثبت في الأم، فكان للولد ولاء نفسه لكونه أصلاً في العتق، فأما ولاء الموالاة فبالعقد، وعقدها لا يجوز على ما في بطنها/ ٢/٢١٨ب فلم يصر الولد أصلاً في الولاء، فكان تبعاً للأب في الولاء كما في المسألة الأولى.

وكذلك لو كان لهما أولاد صغار فوالت الأُم إنساناً ثم والى الأب آخر، فولاء الأولاد لموالي الأب لما قلنا.

---

(١) في أ: ابنه.
(٢) سقط من ط.

ذمية أسلمت فوالت رجلاً ولها ولدٌ صغير من ذمي، لم يكن ولاء ولدها لمولاها في قول أبي يوسف ومحمد، وفي قياس قول أبي حنيفة يكون ولاء ولدها لمولاها بمنزلة العتاقة.

وجه قولهما إن الأم لا ولاية لها على الولد بدليل أنه لا يجوز لها أن تعقد على ولدها عقد النبي والنكاح؛ فكذلك عقد الولاء.

ولأبي حنيفة أن الذمي لا ولاية له على ولده المسلم، فتعذر إثبات الولاء من الأب، والولاء إذا تعذر إثباته من جهة الأب يثبت من جهة الأُم؛ كما إذا كان الأب عبداً وكما في ولاء العتاقة إذا كان الأب عبداً.

ولو قدم حربي إلينا بأمان فأسلم ووالى رجلاً ثم سبى ابنه فأعتق، لم يجز ولاء الأب، وإن سبى أبوه فأعتق، جرَّ ولاء ابنه إلى مولاه؛ لأن الابن يتبع الأب في الولاء لما ذكرنا، فأما الأَب فلا يتبع الابن؛ لأنه لا ينسب إليه وإنما ينسب الابن إلى أبيه، فإن كان ابن الابن أسلم ووالى رجلاً لم يجر الجد ولاءه، وذكر في الأصل وقال: لأن الجد لا يجر الولاء إلاَّ أن يجر ولاء ابنه فيجر بجره ولاء ابنه ولاءه، وقال الحاكم الشهيد ـ رحمه الله ـ وجه هذه المسألة أن يكون الأسفل موالياً والأوسط حربيًّا والجد معتقاً، فلا يجر ولاء الأسفل إلا أن يسلم الأوسط ويوالي، فيجر الجد ولاءه وولاء الأسفل بجر ولائه.

ولو أسلم حربي أو ذمي على يد رجل ووالاه ثم أسلم ابنه الكبير على يدي رجلٍ آخر ووالاه، كان كل واحد منهما مولى للذي والاه، ولا يجر بعضهم إلى بعض، وليس هذا كالعتاق أنه إذا أعتق أبوه جر ولاء الولد إلى نفسه، لأن هٰهنا ولاء كل واحد منهما ثبت بالعقد، وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره، وهناك ولاء الولد ثبت بالعقد وولاء الأب ثبت بالعتق، وولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة، فيستتبع الأقوى الأضعف، وهٰهنا بخلافه لأن ولاء كل واحدٍ منهما ليس أقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد، فهو الفرق.

فصل في صفة الحكم

وأما صفة الحكم: فهو أن الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبة والصدقة والوصية، لأنه ليس بمال، فلا يكون محلاً للبيع كالنسب، وولاء العتاقة؛ ولقوله ـ ﷺ ـ: **«الوَلاَءُ لا يُبَاعُ وَلاَ يُوهَبُ»** حتى لو باع رَجُلٌ ولاء موالاة أو عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه، كان إعتاقه باطلاً، لأنه قبضه بغير بدل؛ إذ الولاء ليس بمال فلم يملكه فلم يصح إعتاقه، كما لو اشترى عبداً بميتة أو دم أو بحر وقبضه ثم أعتقه.

ولو باع المولى الأسفل ولاءه من آخر أو وهبه لا يكون بيعاً أيضاً ولا هبة لما قلنا، لكنه

يكون نقضاً لولاء الأول وموالاة لهذا الثاني؛ لأن الولاء لا يعتاض منه فبطل العوض وبقي قوله: الوَلاَءُ لك، فيكون موالاة بينه وبين الثاني كما لو سلَّم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا يجب المال.

فصل في بيان ما يظهر به

وأما بيان ما يظهر به، فإنه يظهر بما ظهر به ولاء العتاقة؛ وهو الشهادة المفسرة أو الإقرار، سواء كان الإقرار في الصحة أو المرض، لأنه غير متهم في إقراره إذا لم يكن له وارث معلوم فيصح إِقراره؛ كما تصح وصيته بجميع ما له إذا لم يكن له وارث معلوم.

ولو مات رجلٌ فأخذ رجل ماله وادعى أنه وارثه وليس للقاضي أن يمنع[1] منه إذا لم يخاصمه أحد؛ لأن القاضي لا يدري البيت المال أو لغيره وهو يدعي أنه له ولا مانع عنه، فلا يتعرض له، فإن خاصمه أحد سأله القاضي البينة لأنه لا يد له، وكان مدعياً فعليه البينة [والله أعلم. تم كتاب الولاء][2].

(١) في أ: يمتنع.
(٢) سقط من ط.

كِتَابُ الإِجَارَةِ(١)

الكلام في هذا الكتاب يقَعُ في سبع مواضع: في بيان جواز الإجارة، وفي بيان ركن الإِجارة ومعناها، وفي بيان شرائط الركن، وفي بيان صفة الإجارة، وفي بيان حكم الإِجارة، وفي بيان حكم اختلاف العاقدين في عقد الإِجارة، وفي بيان ما ينتهي به عقد الإِجارة.

أما الأول: فالإِجارة جائزةٌ عند عامة العلماء.

وقال أبو بكر الأصم: إِنها لا تجوز، والقياس ما قاله؛ لأن الإجارة بيعُ المنفعة،

---

(١) ثَبَتَ أن الإجارة مثلثة الهمزة، وأن لغة الكسر أفصح من لغتي الضم والفتح، وهي مصدر سماعي بوزن فِعَالَة من أجر الدار، والعبد بالقصر من بابي نصر وضرب، فيقال: أجر بأجر كنصر ينصر، وأجر يأجر كضرب يضرب هذه لغة بني كعب، ومصدرهما القياسي الأجر، والإجارة أيضاً اسم للأجرة، وهي الكراء، مأخوذة من الأجرة، وهو ما يستحق على عمل الخير، ولهذا يدعي به، فيقال: أجرك الله أجراً أي أثابك، وقد يطلق الأجر على الأجرة، ويقال: أيضاً آجرت زيداً الدار إيجاراً، فأنا مؤجر، أي أكريته إياهاً وآجرت زيداً مؤاجرة، فأنا مؤاجر، أي: عاقدته على الإجارة، ويقال استؤجرت الدار أي: أكريتها، والعَبْدَ أي: اتخذته أجيراً.

فأما الإجارة من السوء ونحوه، فهي مأخوذة من أجار إجارة كايماء وإعاؤة وزناً ومعنى، فهمزتها زائدة، بخلاف الإجارة بالمعنى السابق فإن همزتها فاء الكلمة.

انظر الصحاح: ٢/ ٥٧٢، المصباح المنير: ١/ ١١، المغرب: ٢٠، المطلع: ص ٢٦٣.

واصطلاحاً:

عرفها الحنفيةُ: بأنها عقد على المنافع بعَوضٍ.

وَعرَّفها الشافعية: بأنها تمليكُ منفعة بعوض، بشروط معلومة.

وعرفها المالكية: بأنها تمليك منفعة غير معلومة، زمناً معلوماً، بعوض معلوم.

وعرفها الحنابلة: بأنها عقد على منفعة مُباحة معلومة، تؤخذ شيئاً فشيئاً، مدة معلومة من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم، بعوض معلوم.

انظر: فتح القدير: ٥/ ٥٨، المبسوط للسرخسي: ١٥/ ٧٤، مجمع الأنهر: ٢/ ٣٦٨، مغني المحتاج: ٢/ ٣٣٢، الإقناع: ٢/ ٧٠، مواهب الجليل: ٥/ ٣٨٩، شرح الخرشي: ٧/ ٢، أسهل المدارج: ٢/ ٣٢١، كشاف القناع: ٣/ ٥٤٦، الإنصاف: ٦/ ٣.

والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع، فلا يجوز إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل فإذن لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال، فلا جواز لها رأساً، لكنا استحسناً الجواز بالكتاب العزيز والسنة والإجماع.

٢/ ٢١٩أ أما/ الكتاب العزيز: فقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ خبراً عن أب المرأتين اللتين سقى لهما موسى ـ عليه الصلاة والسلام ـ: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَىٰ ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] أي: على أن تكون أجيراً لي، أو على أن تجعل عوضي من إنكاحي ابنتي إياك رَعْي غنمي ثماني حجج، يقال: أجره الله ـ تعالى ـ بأجره، أي: عوضه وأثابه.

وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ خبراً عن تينك المرأتين: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦] وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصيرُ شريعةً لنا مبتدأة، ويلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا؛ لما عرف في أصول الفقه.

وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ [الجمعة: ١٠] والإجارةُ ابتغاء الفضل، وقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

وقد قيل نزلت الآية في حج المكاري فإنه روي أن رجلاً جاء إلى ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ فقال: إنا قوم نكري ونزعم أن ليس لنا حج، فقال: ألستم تحرمون وتقفون وترمون، فقال: نعم، فقال ـ رضي الله عنه ـ أنتم حجاج، ثم قال سأل رجلٌ رسولَ الله ﷺ عمَّا سألتني فلم يجبه حتى أنزل الله ـ عزَّ وجَلَّ ـ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فقال رسولُ الله ـ ﷺ ـ: أَنْتُمْ حُجَّاجٌ[(١)] وقوله ـ عَزَّ وجلَّ ـ في استئجار الظئر: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلادَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ نفى ـ سبحانه وتعالى ـ الجناحَ عمَّن يسترضع ولده، والمراد منه الاسترضاع بالأجرة؛ دليله قوله ـ تعالى ـ: ﴿إِذَا سَلَّمْتُمْ ما آتَيْتُم

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٥٠ ـ ٣٥١) كتاب المناسك باب الكري حديث (١٧٣٣) والحاكم (١/ ٤٤٩) والدارقطني (٢/ ٢٩٢، ٢٩٣) والطيالسي (١٩٠٩) وأحمد (٢/ ١٥٥) والطبري (٤/ ١٦٩) رقم (٣٧٨٩) والبيهقي (٤/ ٣٣٣).
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

بِالمَعْروفِ﴾[البقرة:٢٣٣]، قيل: أي: الأجر الذي قبلتم؛ وقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وهذا نصٌّ وهو في المطلقات.

وأما السنة: فما روى محمد في الأصل عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة - رضي الله عنهما - عن رسولِ الله ﷺ أنه قال: «**لاَ يَسْتَامُ الرَّجُلُ عَلَىٰ سَوْمِ أَخِيهِ وَلاَ يَنْكِحُ عَلَىٰ خِطْبَتِهِ، وَلاَ تَنَاجَشُوا وَلاَ تَبِيعُوا بِإِلْقَاءِ الحَجَرِ، وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ**»[1] وهذا منه ﷺ تعليم شرط جواز الإجارة، وهو إعلام الأجرة، فيدل على الجواز.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ**»[2] أمر ﷺ

---

(١) هذا حديث مركب من عدة أحاديث فأما قوله لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا تناجشوا فسيأتي في البيوع.
وأما قوله: لا ينكح على خطبيه فتعدم في النكاح وأما قوله من استأجر أجيراً فليعلمه أجره فسيأتي أيضاً في البيوع.

(٢) أخرجه أبو يعلى (١٢/ ٣٤ - ٣٥) رقم (٦٦٨٢) وأبو نعيم في «الحلية» (٧/ ١٤٢) والبيهقي (٦/ ١٢١) كتاب الإجارة: باب إثم من منع الأجير أجره، كلهم من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً.
والحديث ذكره الهيثمي في «المجمع» (٤/ ١٠٠ - ١٠١) وقال: رواه أبو يعلى وفيه عبد الله بن جعفر والد علي بن المديني وهو ضعيف ا هـ قلت: قد توبع عند أبي نعيم في الحلية.
وللحديث عن أبي هريرة طريق آخر
أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٤/ ١٤٢) والبيهقي (٦/ ١٢١) كتاب الإجارة: باب إثم من منع الأجير أجره وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (١/ ٢٢١) من طريق محمد بن عمار المؤذن عن المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً.
وللحديث شواهد من حديث ابن عمر وجابر وأنس وعطاء بن يسار مرسلاً.
حديث ابن عمر
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨١٧) كتاب الرهون: باب أجر الأجراء حديث (٢٤٤٣) والقضاعي في «مسند الشهاب» (١/ ٤٣٣) رقم (٧٤٤) كلاهما من طريق عبد الرحمٰن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه».
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢٩): وهو معلول بعبد الرحمٰن بن زيد.
- حديث جابر
أخرجه الطبراني في «الصغير» (١/ ٢٠ - ٢١) وعنه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٥/ ٣٣) حدثنا أحمد بن محمد بن الصلت البغدادي بمصر حدثنا محمد بن زياد بن ريان الكلبي حدثنا شرقي بن القطامي عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه».
وقال الطبراني: لم يروه عن أبي الزبير: إلا شرقي تفرد به محمد بن زياد والحديث ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٠١) وقال: رواه الطبراني في الأوسط وفيه شرقي بن قطامي وهو ضعيف. =

بالمبادرة إلى إعطاء أجر الأجير قبل فراغه من العمل من غير فصلٍ، فيدل على جواز الإجارة.

وعن رسول الله ﷺ أنه قال: **«ثلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يوم القِيَامَةِ، وَمَنْ كُنْتُ خَصْمُهُ خَصَمْتُهُ، رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ باعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»**(١).

وعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: استؤجر رسولُ ـ ﷺ ـ وأبو بكر ـ رضي الله عنه ـ رجلاً من بني الدئل هادياً خرِّيتاً وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاثٍ، فأتاهما فارتحلا، وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الدئلي، فأخذ [بهم](٢) طريق الساحل(٣)، وأدنى ما يستدل بفعل النبي ﷺ الجواز.

وروي أن رسولَ الله ﷺ مَرَّ علي رافع بن خديج وهو في حائطه فأعجبه، فقال: **«لِمَنْ هَذَا الحَائِطُ؟»** فقال: لي يا رسولَ الله، اسْتَأْجَرْتُهُ، فقال رسولُ الله ﷺ: **«لاَ تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ»**(٤).

خَصَّ ﷺ النهي باستئجاره ببعض الخارج منه، ولو لم تكن الإجارة جائزة أصلاً لعم النهي، إذ النهي عن المنكر واجب، وكذا بعث رسول الله ﷺ والناس يؤاجرون ويستأجرون فلم ينكر عليهم، فكان ذلك تقريراً منه، والتقريرُ أحدُ وجوه السنة.

= ـ حديث أنس.

أخرجه الترمذي الحكيم في «نوادر الأصول» كما في «نصب الراية» (٤/ ١٣٠) حدثنا موسى بن عبد الله بن سعيد الأزدي ثنا محمد بن زياد بن ريان الكلبي عن بشر بن الحسين الهلالي عن الزبير بن عدي عن أنس بن مالك مرفوعاً.

قال الحافظ ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٨٦): وإسناده ضعيف جداً.

ـ مرسل عطاء بن يسار.

أخرجه ابن زنجويه في «كتاب الأموال» من طريق عثمان بن عثمان العطفاني عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن النبي ﷺ قال: أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقة ينظر نصب الراية (٤/ ١٣٠).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) سقط من ط.

(٣) أخرجه البخاري (٧/ ٢٣٠ ـ ٢٣٢) كتاب مناقب الأنصار، باب هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة ـ حديث (٣٩٠٥) والبيهقي (٦/ ١١٨) كتاب الإجارة، باب جواز الإجارة، ولفظه من رواية الزهري عن عروة عن عائشة ـ رضي الله عنهما ـ قالت: «واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل ثم من بني عبد بن عدي هادياً خريتاً، وهو الماهر بالهداية، قد نخس يمين حلف في آل العاصي بن وائل، وهو على دين كفار قريش فأمناه، فدفعا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحليتهما صبيحة ليلِ ثلاث فارتحلا، وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الديلي فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل».

(٤) ذكره الهندي في «كنز العمال» (١٥/ ٥٣٧) رقم (٤٢٠٧٧) وعزاه إلى عبد الرزاق.

وأما الإجماع: فإن الأُمَّةُ أجمعتْ على ذلك قبل وجود الأصم؛ حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة - رضي الله عنهم - إلى يومنا هذا من غير نكيرٍ، فلا يعبأ بخلافه، إذ هو خلاف الإجماع[1].

---

(١) وبعد هذا فلا يمسنا ما نقل عن أبي بكر عبد الرحمٰن بن الأصم، أنه ينكر مشروعيتها ذهاباً منه إلى أن الإجارة بيع المنافع، والمنافع للحال معدومة، وبيع المعدوم لا يجوز.

وبقليل من التأمل يظهر للباحث أنه مستند ضعيف خصوصاً إذا كان مصارماً للنصوص الصحيحة، فحاصل دليله أن الإجارة نوع من البيع، وبيع المعدوم باطل.

فإن أراد بقوله: إن الإجارة نوع من البيع، البيع الخاص الذي يكون العقد فيه وارد على الأعيان، فهذا ممنوع، لأن مورد عقد الإجارة المنافع لا الأعيان وإن أراد من البيع البيع العام الذي هو معارضة، إما على ذات وإما على منفعة، منعناً له أن بيع المعدوم باطل بإطلاق.

وبيانه:

أن بيع المعدوم ينقسم إلى قسمين، قسم وارد على الأعيان، وقسم وارد على المنافع وهو سلم البطلان في الأول دون الثاني، لأن الشارع جوز المعاوضة العامة على المعدوم إذا كان مضموناً موصوفاً في الذمة مقدور التسليم كالحال في السلم ومنع بيع المعدوم إذا لم يكن كذلك.

وقياس بيع المنافع على بيع الأعيان التي لم يقدر على تسليمها، ولم تكن معلومة، ولا موصوفة في الذمة فاسد، لأن المنافع لا يمكن العقد عليها حال وجودها، فكيف يشترط في صحة العقد عليها أن تكون موجودة كالأعيان، وقد فرق الحسن والشرع بينهما.

فالنبي ﷺ أمر أن يؤخر العقد على الأعيان التي لم تخلق إلى أن تخلق، لما نهى عن بَيع السنين، وهو بيع الثمرة أعواماً متعددة، وحبل الحيلة، وهو أن تنتج الناقة ما في بطنها، ثم تحمل التي نتجت، والثمر قبل أن يبدو صلاحه، والحب حتى يشتد، ونهى عن بيع الملاقيح، وهي ما في أرحام الأمهات من الأجنة قبل أن تولد، والمضامين، وهي ما في أصلاب الفحول من الماء لإمكان وجود هذه الأشياء بعد إذا أخر العقد عليها، وهذا غير ممكن في المنافع إذ لا يستطاع أن تباع إلا في حال عدامها، ويمكن أن نستخلص مما تقدم أمرين:

أولهما: أن ما يمكن العقد عليه حال وجوده وعدمه، ولا يجوز العقد عليه حتى يوجد، نعم جَوَّز الشارع في هذه الحالة بيع ما لم يوجد تبعاً لما وجد إذا دعت الحاجة إلى ذلك كثمر البستان، إذا بدا صلاح بعضه.

وثانيهما: أن ما لا يمكن العقد عليه إلا في حال عدمه كالمنافع، فهذا النوع قد جوَّز الشارع العقد عليه، ولم يمنع منه.

فإن قال المانع: إن هذا عين النزاع، يقال له: إن العلة التي استندت إليها في إلحاق المنافع بالأعيان المعدومة هي مجرد العدم، وهذه لا تصح للإلحاق.

لأن العلة في منع بيع المعدوم ليست مجرد كونه معدوماً، بل هي كونه معدوماً، يمكن تأخير العقد عليه، حتى يوجد، وعلى هذا تكون العلة ذاته عدم خاص، وهي بهذا القيد غير متحققة في المنافع، فلا تصلح للإلحاق.

ينظر: الإجازة لشيخنا منصور الشيخ.

وبه تبين أن القياس متروك؛ لأن الله ـ تعالى ـ إنما شرع العقود لحوائج العباد، وحاجتهم إلى الإجارة ماسة، لأن كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها، أو أرض مملوكة بزرعها، أو دابة مملوكة يركبها، وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبة والإعارة؛ لأن نفس كل واحد لا تسمح بذلك، فيحتاج إلى الإِجارة فجوزت؛ بخلاف القياس لحاجة الناس كالسَّلم ونحوه.

تحقيقه إن الشرع شَرَعَ لكل حاجة عقداً يختص بها، فشرع لتمليك العين بعوض عقداً وهو البيع، وشرع لتمليكها بغير عوض عقداً وهو الهبة، وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقداً وهو الإعارة، فلو لم يشرع الإجارة مع امتساس الحاجة إليها، لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلاً، وهذا خلاف موضوع الشرع[١].

فصل في ركن الإجارة ومعناها

٢/ ٢١٩ب وأما ركن الإجارة ومعناها؛/ أما ركنها: فالإيجاب والقبول، وذلك بلفظٍ دالٍّ عليها، وهو لفظ: الإجارة، والاستئجار، والاكتراء، والإكراء، فإذا وجد ذلك فقد تم الركن، والكلام في صيغة الإيجاب والقبول[٢] وصفتهما في الإجارة كالكلام فيهما في البيع، وقد ذكرنا ذلك في «كتاب البيوع».

---

(١) يَدَّعِي بعض الفقهاء أن الإجارة شرعت على خلاف القياس، لأنه يأبى جوازها لما أنها بيع معدوم.
وإذا قد ظهر مما تقدم بطلان شبهة منكر مشروعية الإجارة، يتضح أنها مشروعة على وفق القياس، وهو ما يقوله جمهور الفقهاء، لأنها ليست داخلة تحت بيع المعدوم الممنوع، كما تقرر آنفاً، حتى يقال: إنها على خلاف القياس، بل شرعها الله ـ تعالى ـ على وفقه لحاجة الناس إليها، فقد لا يكون للإنسان دار مملوكة يسكنها، ولا أرض مملوكة يزرعها، ولا عبد مملوك يخدمه، وقد لا يمكنه تملك ذلك بالشراء لعدم الثمن، لا الحصول عليه بالهبة، أو الإعارة لشح في النفوس، وأثرة في الطباع، فلو لم تشرع الإجارة مع مسيس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع حاجته سبيلاً.
يقول الله تعالى: ﴿يُرِيدُ الله بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾.
ويقول النَّبِيُّ ﷺ: «بُعِثْتُ بِالحَنِيفِيَّةِ السَّمِحَةِ» رواه الخطيب البغدادي عن جابر.
قال العزيزي: هو حديث حسن لغيره.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(٢) الصيغة: عبارة عن مجموع الأمرين اللذين هما الإيجاب والقبول.
والإيجاب مأخوذ من الوجوب وهو الثبوت واللزوم، قيل: ومنه في كتاب الله سبحانه وتعالى، ﴿فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها﴾ الآية أي: إذا نبتت جنوب الذبائح في الأرض ولزمتها بعد الزكاة فقد حل أكلها، وقيل معناه سقطت مع هدة، وأما القبول فله معان منها التصديق والموافقة، وفي كتاب الله ﴿إنما يتقبل الله من المتقين﴾ أي: يوافق على أعمالهم بالرضا عنها ويصدقها بالجزاء عليها ويطلق الإيجاب عند =

وأما معنى الإجارة، فالإجارةُ بيع المنفعة لغةً، ولهذا سماها أهل المدينة بيعاً وأرادوا به بيعَ المنفعة، ولهذا سُمي البدل في هذا العقد أجرةً، وسمى الله بدل الرضاع أجراً بقوله: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] الأجرة بدل المنفعة لغةً، ولهذا سمي المهر في باب النكاح أجراً بقوله، ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥] أي: مهورهن؛ لأن المهر بدل منفعة البضع، وسواء أضيف إلى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلي والأواني والظروف ونحو ذلك، أو إلى الصناع من القصار والخياط الصباغ والصائغ والنجار والبناء ونحوهم، والأجير قد يكون خاصًا، وهو الذي يعمل لواحد، وهو المسمى بأجير الوحد، وقد يكون مشتركاً، وهو الذي يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالأجير المشترك.

وذكر بعض المشايخ أن الإجارة نوعان: إجارة على المنافع، وإجارة على الأعمال، وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في أحد النوعين المنفعة وفي الآخر العمل، وهي في الحقيقة نوع واحد؛ لأنها بيع المنفعة، فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعاً، إلاَّ أنَّ المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة، فيختلف استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى، والأراضي بالزراعة، والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة، والدواب بالركوب، والحمل

= الحنفية على ما يصدر أولاً من أحد العاقدين، والقبول على ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر إلا على رضاة التعاقد، وموافقته لإيجاب الموجب سواء أصدر من جانب المؤجر، أم من جانب المستأجر، فما يصدر أولاً يسمى إيجاباً، وإن كان من جانب المستأجر وما يصدر ثانياً يسمى قبولاً، وإن كان من جانب الموجز.

فالعمدة في التفريق بين الإيجاب والقبول حينئذ، هي أولية الصدور وثانويته فقط دون التفات إلى الجهة التي صدر عنها.

وأما من عدا الحنفية، فيعتبرون الإيجاب ما يصدر من جانب المؤجر إن تأخر القبول، ما يصدر من جانب المستأجر وإن تقدم، فالعبرة عند هذا القرين بجهة الصدور لا الأولية والثانوية.

وليس بين الفريقين خلاف حقيقي؛ لأن المؤجر يلتزم تمليك المنفعة، والمستأجر يلتزم تمليك الأجرة اتفاقاً، ولأن مآل العقد الانعقاد واللزوم شرعاً عند الجميع.

ويلاحظ أن واضعي القوانين الوضعية يوافقون الحنفية في اصطلاحهم، فيسمون ما يصدر أولاً إيجاباً، وما يصدر ثانياً قبولاً، فمرجع الاختلاف إنما هو التسمية.

وقد ناط الشارع انعقاد الإجارة، وغيرها من العقود بالصيغة، لأنها هي التي تترجم عن الرضا القلبي، وتبرزه لنا في صورة عملية واضحة، فإن الرضا القلبي أمر باطني، لا إطلاع لنا عليه، فلا يعرفه إلا صاحبه حتى يبرز في هيئة واضحة بما يدل عليه، وكان من الحكمة أن تناط الأحكام بهذا المظهر المنضبط إذ هو الأمر الذي يستطيع الناس إدراكه والإحاطة به.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

والأواني والظروف بالاستعمال، والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما، وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء؛ كما في أجير الوحد، حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الأجر[١].

وإذا عرف أن الإجارة بيع المنفعة فنخرج عليه بعض المسائل فنقول: لا تجوز إجارة الشجر والكلام للثمر؛ لأن الثمر عين والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولا تجوز إجارة الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها[٢]، لأن هذه أعيان فلا تستحق بعقد الإجارة، وكذا إجارة

---

(١) يرى جمهور الفقهاء، ومنهم المالكية والحنفية، والحنابلة، وأكثر أصحاب الشافعي - رضي الله عنه -، أن مورد عقد الإجارة إنما هو المنفعة، ويرى فريق آخر أن موردها هو العين.

وحجة هؤلاء أن فعل الإجارة إنما يقع على العين، فيقال: آجرتك داري، وأن العين هي الموجودة حين العقد، والعقد لا يضاف إلا إلى موجود.

وحجة الجمهور أن المستوفى بالإجارة إنما هو المنفعة دون العين، وأن الأجرة إنما هي في مقابلة المنفعة، وما كانت الأجرة في مقابلة يكون مورداً للعقد.

وأجابوا عما احتج به الآخرون بأنه إنما أضيف العقد إلى العين، لأنها محل المنفعة، لا لأنها مورد عقد الإجارة هذا.

والخلاف في هذه المسألة لا ثمرة له، لأن الفقهاء جميعاً يقررون أن عقد الإجارة لا ينقل ملك العين المؤجرة، بل مقتضاه تمليك منفعتها للمستأجر مدة تعود بعدها إلى ملك رَبِّهَا.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(٢) ادعى ابن حزم من الظاهرية أن المالكية يجوزون استئجار الشياة لأخذ لبنها، ومن راجع كتب المالكية وجدهم لا يجوزون ذلك، إلا بشروط خاصة.

ومنهم من يسميه إجارة على سبيل المجاز، فتكون مستثناة من هذا الشرط الذي نحن بصدده، ومنهم من يسميه بيعاً، وهذا هو الراجح الموافق للحقيقة، فإن الشاة لا منفعة فيها أصلاً، وإنما تؤخذ لاستيفاء لبنها وهو عين فلا يصدق عليها حد الإجارة على سبيل الحقيقة، بخلاف الظئر، فإن فيها سوى اللبن منفعة كالقام الثدي، ورضع الطفل في الحجر وغير ذلك، فيكون العقد عليها إجارة حقيقية، كما سيأتي الكلام عليها في موضعه، إن شاء الله تعالى وخلاصة ذلك أن شراء لبن الشاة في ضرعها يجوز بشروط عشرة إن اشترى جزافاً، وبشروط خمسة إن اشترى على الكيل.

أما الشراء جزافاً فمثاله أن يقول مريد اللبن، لذي أغنام كثيرة: اشتري منك لبن شاة من هذه الشياة آخذه كل يوم مدة شهر بكذا وشروطه عشرة كما ذكرنا:

١ - أن يكون ما اشترى لبنه قليلاً كشاة أو اثنتين.

٢ - أن يكون غير معين.

٣ - أن يكون من جملة شياة كثيرة، لأن الغالب أن المتعدد لا يموت كله في وقت واحد، فإذا مات بعضه بقي بعضه الآخر الذي يمكن الاستيفاء منه.

وهذه الشروط الثلاثة هي التي صور بها الأجهوري المسألة تبعاً لجده، وقد خطأه في ذلك الرماصي، وقال: إن الصواب كما في المدونة، أن الجواز المشروط، لشروط هو جواز شراء لبن الغنم الكثيرة =

الشاة لترضع[1] جدياً أو صبيًا لما قلنا، ولا تجوز إجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين؛ لأن الماء عين، فإن استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضاً؛ لأن المقصود منه الماء وهو عين، ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد؛ لأن كل

= كالعشر كأن يقول: لشخص اشتري منك لبن هذه الشياة العشر أخذه كل يوم مدة شهر بكذا فيجوز ببقية الشروط الآتي ذكرها.

٤ ـ أن تكون الشياة متساوية اللبن عادة.

٥ ـ أن يعرف قدر حلاب الجميع.

٦ ـ أن تكون كلها مملوكة للبائع.

٧ ـ أن يكون الشراء في زمن الحلاب، وهو الزمن الذي يكثر فيه اللبن عادة كزمن البرسيم.

٨ ـ أن يكون الشراء مقدراً بمدة لا ينقص اللبن قبل انتهائها.

٩ ـ أن يشرع المشتري في الأخذ يوم العقد أو بعده بأيام يسيرة.

١٠ ـ أن يعجل المشتري الثمن، لأن ذلك من باب السلم.

وأما الشراء على الكيل، فمثاله أن يقول إنسان لآخر: اشتري منك كل يوم رطلين من لبن شياهك مدة شهر بكذا، أو اشتري منك مائة رطل من اللبن آخذ منها كل يوم خمسة أرطال بكذا.

وشروط خمسة كما ذكرنا آنفاً، وهي الخمسة الأخيرة من الشروط العشرة المتقدمة.

ويستدل على صحة شراء اللبن في الضرع بشروط المذكورة بعموم أدلة حل البيع، ولم يثبت فيه نهي حتى يمنع.

وأما ما رواه أحمد، وابن ماجه عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد قال: نهى النبي ﷺ عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعن بيع ما في ضررعها إلا بكيل... الحديث.

فهو حديث ضعيف كما قال الحافظ: وعلى فرض ثبوته، فهو يدل على جواز شراء اللبن في الضرع بالكيل، وهو المسألة الثانية من المسألتين اللتين جوزهما المالكية.

وإنما اشترطوا الشروط الخمسة، وإن لم تذكر في الحديث، لأن اشتراط الكيل فيه يرشد إلى أن المقصود دفع الغرر عن المشتري، وهو لا يندفع غالباً إلا إذا وجدت هذه الشروط ويعلم من ذلك جواز الشراء في المسألة الأولى ـ وهي الجزاف قياساً على الكيل، فإنه متى اشترط في الجزاف الشروط العشرة والثمانية قل الغرر جداً وصار الشراء جزافاً كالشراء كيلاً.

وصفوة القول: إن الحديث على فرض ثبوته لا يخالف ما ذهب إليه المالكية، فإنه يدل بالنص على جواز الشراء كيلا، وبالقياس على جواز الشراء جزافاً بشروطه السابقة.

وبما تقدم يعلم أنه لا وجه لتشنيع ابن حزم على المالكية، فإن تشنيعه مبني على إساءة فهم لمذهبهم، حيث ظنهم يدخلون ذلك في باب الإجارة الحقيقية.

والواقع أن من قال منهم: إن ذلك من قبيل الإجارة، إنما قاله على سبيل التجوز، لأنه يشبه الإجارة، وهو عقد على عين تستوفي شيئاً فشيئاً، فكانت كالمنفعة من هذه الحيثية، على أنه سيأتي عند الكلام على مسألة الظئر، وأنه لا مانع من أن تكون المسألتان من قبيل الإجارة الحقيقية.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(١) الجَذيُ: الذكر من أولاد المَعْزِ.

ذلك عين، فإن استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث، لأن استئجارها بدون الماء فاسد، فكان مع الماء أفسد، ولا تجوز إجارة المراعي لأن الكلأ عين فلا تحتمل الإِجارة، ولا تجوز إِجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما، وكذا تبر النحاس والرصاص، ولا استئجار المكيلات والموزونات لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلاَّ بعد استهلاك أعيانها، والداخل تحت الإجارة المنفعة لا العين، حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعبر بها ميزاناً، أو حنطة ليعبر بها مكيالاً، أو زيتاً ليعبر به أرطالاً أو أمناناً أو وقتاً معلوماً.

ذكر في الأصل إنه يجوز، لأن ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها، فأشبه استئجار سنجات الميزان.

وذكر الكرخي أنه لا يجوز للفقد شرط آخر، وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الأشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة.

ولا يجوز استئجار الفحل للضراب؛ لأن المقصود منه النسل وذلك بإنزال الماء وهو عين، وقد رُوي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن عسب الفحل، أي: كرائه لأن العسب في اللغة وإن كان اسماً للضراب، لكن لا يمكن حمله عليه؛ لأن ذلك ليس بمنهي لما في النهي عنه من قطع النسل، فكان المراد منه كراء عسب الفحل إلاَّ أنه حذف الكراء وأقام العسب مقامه؛ كما في قوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] ونحو ذلك.

ولو استأجر كلباً معلَّماً ليصيد أو بازيًا، لم يجز؛ لأنه استئجار على العين وهو الصيد، وجنس هذه المسائل تخرج على الأصل.

فإن قيل أليس إن استئجار الظئر جائزٌ[1]، وإنه استئجار على العين وهي اللبن، بدليل إنها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الأجرة.

---

(١) المراد بالظئر المرأة التي تكتري لإرضاع الصغير إلى أن يفطم، قادراً على الاستغناء عن لبنها، بما يتناوله من الأكل والشرب.
وقد أجاز جميع الفقهاء هذه المسألة، لورود النص بها، وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.
بيد أنهم اختلفوا في مورد العقد، أهُو اللبن قصداً أم خدمة الصبي قصداً واللبن تابع لها.
إلى الأول ذهب الجمهور، إلى الثاني ذهب الشافعية، وإليك أدلة كل من الفريقين.
استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي:
أولاً: قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.
فإن الله تعالى لما رتب الأجرة على الإرضاع، دل على أن اللبن مقصود بالعقد، فإنَّ إلقام الثدي لا ثمرة له إلا اللبن، فيكون اللبن هو المقصود.
=

....

= **ثانياً**: أن المرأة لو أرضعت الصبي بلبن شاة، وقامت بخدمته بعد ذلك في جميع الأوقات، فإنها لا تستحق شيئاً من الأجرة باتفاق جميع الفقهاء، فدل ذلك على أن لبنها هو المقصود بالعقد.

ب ـ واستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولاً: أن اللبن عين، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة.

ونوقش هذا الدليل، بأن الأعيان إنما لم تستحق بعقد الإجارة في الأمور التي لا تدعوا إليها الضرورة، وههنا قد دعت الضرورة إلى استئجار الظئر للبن، لأن غيره لا يقوم مقامه، فتكون الإجارة لاستيفائه رخصة.

ثانياً: أنه لو كان مورد الإجارة اللبن، لجازت إجارة سائر الحيوان للبن، مع أنه لا يجوز.

ونوقش بأنه رخصة، جاءت على خلاف القياس، وما جاء على خلاف القياس، فغيره عليه لا يقاس.

هكذا ناقش الجمهور الدليلين المذكورين، وهذا مبني على اتفاقهم على أن الإجارة عقد على استيفاء المنافع، ولو توسعوا فقالوا: إنها عقد على استيفاء ما يتجدد شيئاً فشيئاً مع بقاء أصله، سواء أكان من المنافع، أم من الأعيان، لما احتاجوا إلى المناقشة، بأن هذه المسألة من قبيل الرخص التي دعت إليها الضرورة، فجاءت على خلاف القياس، وقد أطال الكلام في ذلك ابن القيم، وإليك خلاصة ما قال في زاد المعاد:

«وأما بيع اللبن فمنعه أصحاب أحمد، والشافعي، وأبو حنيفة ـ رحمهم الله ـ والذي يجب فيه التفصيل فإن باع الموجود في الضرع، لم يجز مقرراً ويجوز تبعاً للحيوان لأنه إذا بيع مفرداً تعذر تسليم المبيع بعينه، إذ لا يعرف مقدار ما وقع عليه البيع، فإنه وإن كان مشاهداً كاللبن في الظرف، لكنه إذا حلبه خلفه مثله مما لم يكن في الضرع، فاختلط المبيع بغيره على وجه لا يتميز، وأما إن باعه أصواعاً معلومة من اللبن يأخذها من هذه الشاة، أو باعه لبنها أياماً معلومة، فهذا بمنزلة بيع الثمار قبل بدوّ صلاحها لا يجوز، وأما إن باعه لبناً مطلقاً موصوفاً في الذمة، واشترط كونه من هذه الشاة أو البقرة، فقال شيخنا: «يعني ابن تيمية» هذا جائز، واحتج بما في المسند من أن النبي ﷺ نهى أن يسلم في حائط بعينه، إلا أن يكون قد بدا صلاحه، قال: فإذا بدا صلاحه، وقال أسلمت إليك في عشرة أوسق من ثمر هذا الحائط، جاز كما يجوز أن يقول: ابتعت منك عشرة أوسق من هذه الصبرة، ولكن الثمن يتأخر قبضه إلى كمال صلاحه، هذا لفظه.

وأما إن أجره الشاة، أو البقرة، أو الناقة مدة معلومة، لأخذ لبنها في تلك المدة، فهذا لا يجوزه الجمهور، واختار شيخنا جوازه وحكاه قولاً لبعض أهل العلم، وله فيها مصنف مفرد.

قال: إذا استأجر غنماً أو بقراً، أو نوقاً أيام اللبن بأجرة مسماة مع علفها، أو علفها على المالك، أو بأجرة مسماة على أن أخذ اللبن جاز ذلك في أظهر قولي العلماء، كما في الظئر، قال: وهذا يشبه البيع ويشبه الإجارة، ولهذا يذكره بعض الفقهاء في البيع، وبعضهم في الإجارة، لكنه إذا كان اللبن يحصل بعلف المستأجر، وقيامه على الغنم فإنه يشبه استئجار الشجر، وإن كان المالك هو الذي يعلفها، وإنما يأخذ المشتري لبنًا مقدراً فهذا بيع محض، وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً فهو بيع أيضاً، فإنَّ صاحب اللبن يوفيه اللبن بخلاف الظئر، فإنها تسقي الطفل، وليس لهذا داخلاً فيما نهى عنه ﷺ من بيع الغرر، لأن الغرر تردد بين الوجود والعدم، فنهى عن بيعه، لأنه من جنس الميسر، والله حرم ذلك لما فيه من أكل المال =

....

= بالباطل وهذا إنما يكون ميسراً إذا كان أحد المتعاوضين يحصل له مال، والآخر قد يحصل له، وقد لا يحصل كما في بيع العبد الآبق، فَأَمَّا إِذَا كان شيئاً معروفاً بالعادة، كما في الأعيان بالإجارة، مثل: منفقة الأرض، وَالدَّابَّة، ومثل: لبن الظئر المعتاد، ولبن البهائم المعتاد،ومثل الثمر، والزرع المعتاد، فهذا كله من باب واحد، وهو جائز، ثم إن حصل على الوجه المعتاد، وإلا حط عن المستأجر بقدر ما فات من المنفعة المقصودة، وهو مثل ما إذا تلف بعض المبيع قبل التمكن من القبض.

فإن قيل: مورد عقد الإجارة، إنما هو المنافع، لا الأعيان، ولا يصح استئجار الطعام ليأكله، والماء ليشربه، وأما إجارة الظئر فعلى المنفعة، وهي وضع الطفل في حجرها، وإلقامه ثديها، واللبن يدخل ضمناً، وتبعاً، فهو كنفع البئر في إجارة الدار، ويفتقر فيما دخل ضمناً وتبعاً، ما لا يفتقر في الأصول والمتبوعات قيل الجواب عن هذا من وجوه.

أحدها: منع كون عقد الإجارة لا يرد إلا على منفعة، فإن هذا ليس ثابتاً بالكتاب، ولا بالسنة، ولا بالإجماع، وغايته قياس محل النزاع على إجارة الخبز للأكل والماء للشرب، وهذا من أفسد القياس، فإن الخبز تذهب عينه، ولا يستخلف مثله بخلاف اللبن فإنه لما كان فيستخلف ويحدث شيئاً فشيئاً كان بمنزلة المنافع.

ثانيها: أن الثمر يجري مجرى المنافع، والفوائد في الوقف والعارية ونحوهما، وهذا تبرع بنماء المال وفائدته، فمن دفع عقاره إلى من يسكنه فهو بمنزلة من دفع دابته إلى من يركبها، أو شجرته إلى من يستثمرها، أو أرضه إلى من يزرعها، أو شاة إلى من يشرب لبنها، فهذه الفوائد تدخل في عقود التبرع فكذلك تدخل في عقد الإجارة.

ثالثها: أن الأعيان نوعان: نوع إذا ذهب ذهب جملة ونوع كلما ذهب منه شيء خلفه مثله، فهذا رتبة وسطى بين المنافع وبين الأعيان التي من النوع الأول، وشبهه بالمنافع أقوى فإلحاقه بها أولى.

رابعها: أن الله سبحانه نص في كتابه على إجارة الظئر، وسمى ما تأخذه أجراً، وإنما ظن أنها على خلاف القياس حيث توهم أن الإجارة لا تكون إلا على منفعة وليس الأمر كذلك، بل الإجارة تكون على كل ما يستوفي مع بقاء أصله، سواء أكان عيناً أم منفعة، فإنما كان لبن الظئر يستوفي مع بقاء الأصل، جازت الإجارة عليه كما جازت على المنفعة، وهذا محض القياس.

خامسها: أن الأصل في العقود وجوب الوفاء، إلا ما حرم الله ورسوله؟ وليس مع المانعين نص بالتحريم.

سادسها: أن الذين منعوا هذه الإجارة لما رأوْا أن إجارة الظئر ثابتة بالنص، والإجماع، والمقصود بالعقد إنما هو اللبن، وهو عين تمحلوا لجوازها أمراً يعلمون هم، والمرضة، والمستأجر بطلانه، فقالوا: العقد إنما وقع على وضعها الطفل في حجرها: وإلقامة ثديها واللبن يدخل تبعاً، والله يعلم، والعقلاء قاطبة أن الأمر ليس كذلك، وأن رضع الطفل في حجرها ليس مقصوداً أصلاً، لا عرفاً، ولا حقيقةٍ، ولا شرعاً، ولو كان المقصود إلقام الثدي المجرد لاستؤجر له كل امرأة لها ثدي، ولو لم يكن لها لبن.

سابعها: أن النبي ﷺ ندب إلى منيحة العنز والشاة للبنها، ومعلوم أن هذا ليس ببيع ولا هبة، فإن هبة المعدوم المجهول لا تصح، وإنما هو عارية الشاة للانتفاع بلبنها، وما جاز أن يستوفي بالنار، جاز أن يستوفي بالإجارة. =

فالجواب: إنه رُوِيَ عَنْ مُحمدٍ أن العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل على طريق التبع، فكان ذلك استئجاراً على المنفعة/ أيضاً، واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبي من غسله ٢/ ٢٢٠أ وغسل ثيابه وإلباسها إياه وطبخ طعامه ونحو ذلك، واللبن يدخل فيه تبعاً؛ كالصبغ في استئجار الصباغ، وإذا أرضعته بلبن الشاة فلم تأت بما دخل تحت العقد، فلا تستحق الأجرة كالصباغ إذا صبغ الثوب لوناً آخر غير ما وقع عليه العقد، أنه لا يستحق الأجر، وذا لا يدل على أن المعقود عليه ليس هو المنفعة؛ كذا هٰهنا.

ومن مشايخنا مَنْ قال: إن المعقود عليه هناك العين وهي اللبن مقصوداً، والخدمة تبعٌ؛ لأن المقصود تربية الصبي ولا يتربى إلاَّ باللبن، فأجري اللبن مجرى المنافع، ولهذا لا يجوز بيعه.

وعلى هذا يخرج استئجار الأقطع والأشل للخياطة بنفسه والقصارة والكتابة، وكل عمل لا يقوم إلاَّ باليدين، واستئجار الأخرس لتعليم الشعر والأدب، والأعمى لنقط المصاحف أنه غير جائز؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، والمنفعة لا تحدث عادة إلا عند سلامة الآلات والأسباب، وكذا استئجار الأرض السبخة والنزة للزراعة وهي لا تصلح لها، لأن منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادةً، فلا تقع الإجارة ببيع المنفعة، فلم تجز.

وعلى هذا يخرج استئجار المصحف أنه لا يجوز، لأن منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه، والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباحٌ، والإِجارة تبع المنفعة، والمباح لا يكون محلاً للبيع، كالأعيان المباحة من الحطب والحشيش.

= **ثامنها**: ما ثبت أن أسيد بن حضير توفي، وعليه ستة آلاف درهم دين فدعا عمر بن الخطاب رضي الله عنه غُرَمَاءَهُ فقبلهم أرض سنتين وفيها الشجر والنخل وحدائق المدينة الغالب عليها النخل، والأرض البيضاء فيها قليلة، فهذه إجارة الشجر لأخذ ثمره. ومن ادعى أن ذلك خلاف الإجماع فمن عدم علمه، بل ادعاء الإجماع على جواز ذلك أقرب، فإن عمر فعل ذلك بالمدينة بمشهد المهاجرين والأنصار، وهي قصة في مظنة الاشتهار ولم يقابلها أحد بالإنكار بل تلقاها الصحابة بالتسليم والإقرار.

فالأقوال في العقد على اللبن في الضرع ثلاثة.

«**أحدها**: منعه بيعاً إجارة، **والثاني**: جوازه بيعاً وإجارة **والثالث**: جوازه إجارة لا بيعاً ا هـ.

ومنه تعلم أنه لا مانع من أن يكون العقد على الشاة للبنها من قبيل الإجارة، إذا أخذها مريد اللبن عنده ليحلب منها اللبن، إذ لا فرق بينها وبين الظئر.

بخلاف ما لو عقد عليها، وأبقاها عند صاحبها يحلبها، ويدفع إليه لبنها فهذا بيع، وكلاهما تدعو الحاجة إليه.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

وكذا استئجار كُتب ليقرأ فيها شعراً أو فقهاً، لأن منافع الدفاتر النظر فيها، والنظر في دفتر الغير مباحٌ من غير أجرٍ، نصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه.

ولو استأجر شيئاً من الكتب ليقرأ فَقَرَأَ، لا أجر عليه لانعدام عقد المعاوضة؛ وعلى هذا أيضاً يخرج إجازة الآجام[١] للسمك والقصب وإجارة المراعي للكلأ وسائر الأعيان المباحة أنها غير جائزة لما بينا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

فصل في شرائط الركن

وأما شرائط الركن فأنواعٌ؛ بعضُها شرط الانعقاد، وبعضُها شرط النفاذ، وبعضها شرط الصحة، وبعضها شرط اللزوم.

أما شرط الانعقاد فثلاثةُ أنواعٍ: نوع يرجع إِلى العاقد، ونوع يرجع إلى نفس العقد، ونوع يرجع إلى مكان العقد.

أما الذي يرجع إلى العاقد فالعقل، وهو أن يكون العاقد عاقلاً حتى لا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ كما لا ينعقد البيع منهما[٢].

وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا، حتى إن الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه، فإن كان مأذوناً ينفذ، وإن كان محجوراً يقف على إجازة الولي عندنا؛ خلافاً للشافعي[٣]، وهي من مسائل المأذون.

---

(١) الآجام: مفردها الأجُم، وهو الحصن.

(٢) يشترط في صحة العقد العقل حين العقد، لأن عدمه يعقد الشخص العلية التعاقد سواء أكان ذلك، لأمر قهري كالجنون، والإغماء، والعته، والصغر، أم مكتسب كتناول المسكر، فلا يصح عقد الإجارة من الصبي غير المميز والمجنون، والمعتوه، والمغمى عليه، والسكران غير المتعدي اتفاقاً بين الأئمة، ومثله السكران المتعدي عند الجمهور، خلافاً للشافعية، حيث صححوا إجارته، وسائر عقود وحلوله، لأنه هو الذي دخله على نفسه وقد أخذ هذا من قول الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، السكران آثم مضروب على يده غير مرفوع عنه القلم.
وما ذهب إليه الجمهور هو الظاهر، لأنه مفقود الرضا والرضا، هو الأصل في صحة العقود.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(٣) يشترط في لزوم الإجارة البلوغ، فإن لم يكن العاقد كذلك حين العقد فبعض العلماء، ومنهم الشافعية، يرى أن عقده غير صحيح أصلاً، لأن الصبي فطنة عدم التصرف، ويرى الفريق الآخر، ومنهم المالكية، والحنفية، والحنابلة أن عقده صحيح لازم، إذا أذن له وليه، فإن لم يأذن له وليه، فعند الحنابلة لا يصح، وعند المالكية والحنفية يصح، ولكن يقف نفاذه على إجازة الولي، فإن إجازة الولي لتصرفه أمارة النظر والتصرف، وعليه يكون شرط البلوغ عند جمهور الفقهاء شرطاً لنفاذ العقد ولزومه لا لصحته كما يقول الشافعية.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل؛ يستحق الآجر ويكون الأجر له، أما استحقاق الأجر فلأن عدم النفاذ كان نظراً له، والنظر بعد الفراغ من العمل سليماً في النفاذ، فيستحق الأجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به، وكان الولي أذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير.

وأما كون الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافع وهي حقة، وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا، فينفذ عقد المملوك إن كان مأذوناً ويقف على إجازة مولاه إن كان محجوراً[(١)].

وعند الشافعي لا يقف بل يطل.

وإذا سلم من العمل في إجارة نفسه أو إجارة مال المولى، وجب الأجر المسمى لما ذكرنا في الصبي، إلا أن الأجر هنا يكون للمولى؛ لأن العبد ملك المولى والأجر كسبه، وكسب المملوك للمالك.

ولو هلك الصبي أو العبد في يد المستأجر في المدة ضمن لأنه صار غاصباً حيث استعملهما من غير إذن المولى، ولا يجب الأجر لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، ولو قتل

---

(١) يشترط في لزوم الإجارة الرشد، فالمحجور عليه إما لحق نفسه كالسفيه، أو غيره كالعبد الذي لم يأذن له سيده، لا يكون عقده صحيحاً معتبراً عند بعض الفقهاء كالشافعية.

وأما جمهور الفقهاء، ومنهم المالكية، والحنفية، والحنابلة فيرون أن عقده بالإذن صحيح لازم، وبغير الإذن باطل عند الحنابلة، وصحيح عند المالكية موقوف على إجازة الولي بالنسبة للعبد الذي لم يأذن له سيده، وكذلك الحكم عندهم بالنسبة للسفيه إن عقد على سلعة، فأما إن عقد على نفسه، فلا كلام لوليه إلا إذا كان في الأجر محاباة، فلا بد من الإجازة.

وصاحبا أبي حنيفة يريان أن تصرف السفيه، والعبد بغير الإذن موقوف على الإجازة أيضاً، لأن الإجازة في هذه الحالة إمارة أن تصرفه كان مصلحة، وإنما كانت إجازة السيد معتبرة، لأننا إنما حجرنا على العبد لأجله فأجازته لتصرف عبده نزول عن حقه، وعلى هذا فالرشد شرط في صحة العقد عند الفريق الأول، وشرط في نفاذه ولزومه عند الفريق الثاني، كما تقدم في شرط البلوغ ولا يفوتنا أن ننبه هنا على أمرين:

أحدهما: أن من بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً، ولم يحجر عليه فأجازته صحيحة كالرشيد.

وثانيهما: أن فريقاً من العلماء، منهم الإمام أبو حنيفة يرى أنه لا حجر إلا على الصبي وغير المميز، فالبالغ العاقل لا يحجر عليه عنده رشيداً كان، أو سفيها، لأن البلوغ فطنة حسن التصرف، وفي الحجر عليه اهدار لآدميته، والجان له بالعجمارات، وعلى هذا تكون تصرفات السفيه كلها صحيحة لازمة، وهذا توجيه مصارم للنص فلا يعتد به.

قال الله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

العبد أو الصبي خطأً، فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الأجر في ماله؛ لأن إيجاب الأُجرة هٰهنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف من عليه الواجب، وللمكاتب أن يؤاجر ويستأجر لأنه في مكاسبه كالحر.

وأما كون العاقد طائعاً جادًّا عامداً، فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة، كما في بيع العين[1].

---

(١) يشترط في لزوم الإجارة الطوع، ومعناه أن يكون العاقد مختاراً، حين العقد، فلا يكون مكرهاً بغير حق، لأن ركن الإجارة في الحقيقة، إنما هو الرضا من كلا الجانبين، غير أنه لما كان خفياً أقيمت الصيغة مقامه، فلا بد أن يكون العاقد طليقاً من كل قيد، فلا يتأثر بما يجعله غير مختار في تعبيره عما في نفسه، فإن كان مكرهاً بغير حق لم يعتبر عقده صحيحاً عند جمهور العلماء.
ويراه المالكية صحيحاً موقوفاً على إجازته حال اختياره، وزوال سبب الإكراه، حتى إذا أجازه بعد ذلك كان لازماً نافذاً شرعاً، وإنما قيدنا الإكراه بكونه بغير حق، لأن الإكراه بحق لا يمنع من صحة العقد، ولا من لزومه اتفاقاً.
وقد مثل له الفقهاء في باب البيع بإكراه الحاكم من توجه عليه بيع ماله لوفاء دين، وبإكراهه محتكر الطعام الذي يحتاج الناس إليه على بيعه، ويمكن أن يحتل له في الإجارة بما في كتاب الطرد الحكمية لابن القيم الحنبلي، حيث قال:
«ومن ذلك ـ أي: مما يجوز لولي الأمر ـ أن يحتاج الناس إلى صناعة طائفة، كالفلاحة، والنساجة، والبناء، وغير ذلك، فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك أجرة مثلهم، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك، ولهذا قال طائفة من أصحاب أحمد والشافعي: إنَّ تعلم هذه الصناعات فرض على الكفاية، لحاجة الناس إليها، وكذلك تجهيز الموتى ودفنهم، وكذلك أنواع الولاية العامة والخاصة، التي لا تقوم مصلحة الأمة إلا بها».
إلى أن قال: «فالمقصود: أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات، كالفلاحين وغيرهم ـ أجبروا على ذلك بأجرة المثل، وهذا من التسعير الواجب، فهذا تسعير في الأعمال ـ» ثم قال: «فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان، لا يجدون سواه، أو النزول في خان مملوك، أو استعارة ثياب يستدفئون بها، أو رحى للطحن، أو دلو لنزع الماء، أو قدر، أو فأس، أو غير ذلك، وجب على صاحبه بذلُه بلا نزاع، لكن هل له أنه يأخذ عليه أجراً؟ فيه قولان للعلماء، وهما وجهان، لأصحاب أحمد، ومن جوّز له أخذ الأجرة ـ حرم عليه أن يطلب زيادة على أجرة المثل، ثم قال: ولو احتاج إلى إجراء مائه في أرض غيره، من غير ضرر لصاحب الأرض، فهل يجبر على ذلك؟ روايتان عن الإمام أحمد، والإجبار قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة. ا هـ وهذه الأمثلة التي ذكرها ابن القيم تنير لنا الطريق فيما يجوز لأولياء الأمور مما يصنعونه للمصالح العامة، ولعل من ذلك إكراه إنسان على جعل منزله مركزاً، لإسعاف المصابين من الغارات الجوية، أو مستشفى لمقابلة المرضى من أبناء أمته بأجرة المثل، لأن المنزل مثلاً بموقع مناسب، وليس في الوقت متسع لبناء غيره، فيكون تصرفه مع الإكراه نافذاً، ومثله ما لو وجبت عليه نفقة زوجته، أو والديه الفقيرين، ولا سبيل إلى تحصيل نفقة هؤلاء إلا بالإكراه على الإيجار.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

وإسلامُهُ ليس بشرط أصلاً، فتجوز الإِجارة والاستئجار من المسلم، والذمي، والحربي المستأمن؛ لأن هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعاً كالبياعات، غير أن الذمي إن استأجر داراً من المسلم في المصر فأراد أَنْ يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس [ليس][1] له ذلك، ولرب الدار / وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق ٢/ ٢٢٠ب الحسبة، لما فيه من إحداث شعائر لهم، وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم؛ كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين، ولهذا يمنعون من إحداث الكنائس في أمصا المسلمين.

قال النبي ﷺ: **«لاَ خِصَاءَ فِي الإِسْلاَمِ وَلاَ كَنِيسَةَ»**[2] أي: لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دار الإسلام في الأمصار، ولا يمنع [من][3] أن يصلي فيها بنفسه من غير جماعة، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى؛ ألا ترى أنه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه، ولو كانت الدار بالسواد، ذكر في الأصل أنه لا يمنع [من شيء][4] من ذلك، لكن قيل أن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمانه؛ لأن أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل الذمة[5] فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين، وأما اليوم فالحمد لله ـ عزَّ وجلَّ ـ فقد صار السواد كالمصر، فكان الحكم فيه كالحكم في المصر.

وهذا إذا لم يشرط ذلك في العقد، فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مِصْرٍ من أمصار المسلمين ليتخذها مصلًى للعامة، لم تجز الإجارة، لأنه استئجار على المعصية.

وكذا لو استأجر ذميٌّ من ذميٍّ ليفعل ذلك لما قلنا، ولا بأس باستئجار ظئر كافرةٍ والتي ولدت من فجور، لأن الكفر والفجور لا يؤثران في اللبن، لأن لبنهما لا يضر بالصبي، ويكره استئجار الحمقاء، لقوله ﷺ: **«لاَ تُرْضِعُ لَكُمْ الحَمْقَاءُ، فَإِنَّ اللَّبَنَ يُفْسِدُ»**[6] والظاهر أن المراد

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٣٤) من حديث ابن عباس مرفوعاً بلفظ: «لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة» وضعفه البيهقي وأخرجه أبو عبيد في «الأموال» (٩٤) ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد نثا توبة بن النمر الحضرمي قاضي مصر عمن أخبره عن النبي ﷺ.
وروي من حديث عمر بن الخطاب أيضاً بلفظ لا تبنى كنيسة في الإسلام ولا يبنى ما خرب منها وكلها ضعيفة وقد تكلم عليها الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٥٣ ـ ٤٥٤).

(٣) سقط من ط.

(٤) سقط من ط.

(٥) في ط: الذمة من المجوس.

(٦) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٥/ ٣ ـ ١٨، ٧/ ٢٧٣٩).

منه غير الأم؛ لأن الولادة أبلغ من الرضاع نهى وعلل بالإفساد، لأن حمقها لمرض بها عادةً، ولبن المريضة يضر بالصبي، ويحتمل أن النهي عن ذلك لئلا يتعود الصبي بعادةِ الحمقىٰ؛ لأن الصبي يتعود بعادة ظئره، والله أعلم.

وأما الذي يرجع إلى نفس العقد ومكانه فما ذكرنا في «كتاب البيوع».

وأما شرط النفاذ فأنواعٌ: منها خُلوُّ العاقد عن الردة إذا كان ذكراً في قول أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف ومحمد: ليس بشرط؛ بناءً على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة، وعندهما نافذة، وتصرفات المرتدة نافذة في قولهم جميعاً، وهي من مسائل «كتاب السير».

ومنها: الملك والولاية فلا تنفذ إجارة الفضولي[1]؛ لعدم الملك والولاية، لكنه ينعقد

---

(١) الولاية على المعقود عليه بملك أو وكالة، أو غيرهما مما يبيح التصرف في المعقود عليه شرط في لزوم الإجارة.

ويخرج بهذا إجارة الفضولي واستئجاره، فهما موقوفان على إجازة المالك وبهذا قال المالكية، والحنفية، وأما الشافعية، والحنابلة فإنهم يرون بطلان عقد الفضولي، فالولاية عندهم شرط للصحة، لا للزوم وإليك أدلة الفريقين، مع الموازنة بينهما.

تصرف الإنسان في ملك غيره دون إذن منه كثير شائع، كما في بيع الأزواج ملك زوجاتهم والأخ ملك أخيه، وهذا ما يفرق عند الفقهاء باسم عقد الفضولي، وقد اختلف الفقهاء في حكم تصرفه على ثلاثة مذاهب، نلخصها فيما يلي:

١ ـ ذهب المالكية وإسحاق بن راهويه إلى أن تصرف الفضولي بالبيع والشراء والكراء، والاكتراء، وغيرها ينعقد صحيحاً، لكن يتوقف لزومه على إجازة المالك ووليه، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه يبطل، وقد وافقهم على هذا فقهاء الشافعية في قول والحنابلة في رواية.

٢ ـ ذهب فقهاء الشافعية في القول المعتمد عندهم، والحنابلة في الرواية المختارة إلى أن تصرف الفضولي في مال غيره يقع باطلاً، لا تلحقه الإجازة.

٣ ـ وذهب فقهاء الحنفية إلى التفصيل ما بين بيعه وشرائه وإيجاره واستئجاره فقالوا ينعقد بيعه أو إيجاره صحيحاً، ويتوقف نفاذه على إجازة المالك، أو وليه، كما هو الحكم فيه عند المالكية، وأما شراؤه، أو استئجاره ـ فيعتبر لنفسه هو، ويقع صحيحاً لازماً له، إن وقعت الإضافة لنفسه في الإيجاب والقبول، أو في أحدهما، لا إن وقعت الإضافة في كل من الإيجاب والقبول لمن أريد العقد له، فيكون موقوفاً على إجازته، كالبيع والإيجار.

وسنسوق أدلتهم على حسب الترتيب الذي ذكرناه في المذاهب: استدل المالكية على صحة تصرف الفضولي بما يأتي:

ما رواه البخاري، ومسلم في حديث الثلاثة الذين وقعت عليهم الصخرة، فالتجؤوا إلى الله بصالح أعمالهم، وأن ثالثهم قال: اللهم إني استأجرت أجراء، فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحدٍ ترك الذي له =

....

= وذهب، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال، فجاءني بعد حين، فقال: يا عبد الله أدِّ إليَّ أجري، فقلت: كل ما ترى أجرك من الإبل، والبقر، والغنم، والرقيق؛ فقال: يا عبد الله لا تستهزىء بي، فقلت: لا أستهزىء، فاستاقها: فهذا الحديث يفيد أن المستأجر قد تصرف في مال غيره، وهو: أجر الأجير مع وضوح أنه لم يحصل على إذن منه في ذلك التصرف، حتى كثر المال ونما، ثم جاء صاحبه، فأمضى تصرفه بأخذه المال، واستياقه إياه.

ثم إن هذا المستأجر قد التجأ إلى الله بعمله هذا، فقبله، وحينئذٍ يكون تصرفه صحيحاً؛ إذ لو كان فاسداً ـ ما تقبله الله.

ب ـ ما رواه البخاري عن عروة البارقي أنه قال: «بعثني رسول الله ﷺ بدينار، لأشتري له به شاة، فاشتريت له به شاتين، بعث إحداهما بدينار، وجئته بدينار وشاة، فقال لي: بارك الله لك في صفقة يمينك.

فقد اشترى عروة الشاة الثانية وباعها دون إذن مالكها، وهو: رسول الله ﷺ ولما رجع إليه، وأخبره لم ينكر عليه، وأقره، بدليل دعائه عليه الصلاة والسلام له، فيدل على أنه تصرف الإنسان في ملك غيره صحيح، ومنه يؤخذ أن بيع ملك الأجنبي، والشراء له دون إذنه صحيح، غير أنه يتوقف على إجازته، لدفع ما قد يلحقه من الضرر، ومثلهما سائر التصرفات، كالإيجار والاستئجار.

ما رواه الترمذي، وأبو داود عن حكيم بن حزام «أن النبي ﷺ بعثه، ليشتري له أضحية بدينار، فاشترى أضحية، فأربح فيها ديناراً، فباعها بدينارين، ثم اشترى شاة أخرى مكانها، وجاء بها وبالدينار إلى رسول الله ﷺ فقال له: بارك الله لك في صفقتك أما الشاة فضح بها، وأما الدينار فتصدق به» ا هـ فهذا أيضاً قد باع الشاة بعدما اشتراها، وأصبحت ملكاً لرسول الله ﷺ ثم اشترى له الشاة الثانية، ولم يستأذنه في شيء مما ذكر، وقد أقره عليه الصلاة والسلام بدليل أنه أمره أن يضحي بالشاة التي أتاه بها ودعا له، فيدل على أن بيعه الشاة الأولى، وشراءه الثانية صحيح، وإلا لأنكر عليه، وأمره برد البيع.

استدل الشافعية، والحنابلة على بطلان بيع الفضولي وشرائه، وسائر تصرفاته بما يأتي:

أ ـ ما رواه أصحاب السنن بإسناد صحيح «أن حكيم بن حزام سأل النبي ﷺ فقال: يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع، ليس عندي ما أبيعه، فأبيعه منه، ثم اتباعه من السوق، فقال عليه الصلاة والسلام: لا تبع ما ليس عندك».

فقد سأل حكيم عن بيعه ما لم يملك، فنهاه النبي ﷺ عنه فيدل على أن بيع الإنسان ملك غيره محرم، منهي عنه، فيكون باطلاً، ومثله سائر تصرفاته، إذ لا فرق.

ب ـ ما رواه أصحاب السنن عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك»: الحديث فقد نفى النبي ﷺ حقيقة البيع في غير الملك، فينصرف إلى الحقيقة الشرعية، وهي صحة البيع، وبذلك يكون بيع مالك الغير باطلاً، غير صحيح، ومثل البيع في ذلك الشراء، لأن كلاً منهما تصرف عن الغير دون إذن، ومثلهما سائر التصرفات:

جـ ـ إن بيع الإنسان ما ليس في ملكه يشبه بيع الطير في الهواء في أن كلاً منهما بيع ما ليس مقدور التسليم، وبيع الطير في الهواء باطل باتفاق، فيجب أن يبطل مثله بيع ما ليس في ملك العاقد، ومثله الإيجار.

استدل الحنفية على صحة بيع الفضولي، وإيجاره بما يأتي: =

....

= أ ـ قوله تعالى: ﴿وأحلَّ الله البيع﴾ فإنه يشمل بعمومه بيع الفضولي، إذ هو مما تتحقق به المصلحة، دون أن يعود منه ضرر، أما المصلحة فضوله كلام الفضولي عن الإهدار، وضمان المالك به نفاق سلعته واستغناؤه عن طلب المشتري لها، وأما عدم الضرر به ـ فلأن البيع إذا كان موقوفاً على إجازة المالك ـ لم يلحقه ضرر من انعقاده، وكل تصرف اشتمل على المصلحة، ولم يستتبع ضرراً، فهو صحيح، فالبيع إذاً صحيح، ومثله الإيجار.

ب ـ ما سبق في أدلة المالكية من حديثي عروة وحكيم بن حزام في بيعهما شاتي رسول الله ﷺ وتقريره إياهما.

جـ ـ إن الشارع قد وضع الأسباب الشرعية لصيغ العقود، لتثبت بها أحكامها عند وجودها، فمتى تحقق السبب، وانتفى المانع ـ وجب أن ينتج السبب مقتضاه، فيثبت الحكم به، وبيع الفضولي وإيجاره ملك غيره يصلح سبباً شرعيًّا لإفادة الملك، ولا يمنع منه الأخشبة لحوق الضرر بالمالك، وهذا ما احتطنا له، بجعل العقد موقوفاً على الإجازة، فوجب أن يكون صحيحاً، إذا لحقته الإجازة.

ثم استدلوا على أن كلاً من الشراء، والاستئجار ينصرف إلى الفضولي عند عدم الإضافة إلى من أريد العقد له، بأن الأصل في التصرف أن ينصرف إلى من يباشره، فمتى أمكن ذلك ـ لا يعدل عنه، وكل من شراء الفضولي استئجاره في هذه الحالة يمكن إنفاذه عليه، وصوفه إليه، لأنه هو المباشر له، وقد أضافه إلى نفسه ظاهراً، فوجب أن ينصرف إليه، دون احتياج إلى نقضه على رضا الآخر وإجازته.

وقد نوقشت أدلة المالكية بما يأتي:

إن حديث الثلاثة الذين التجؤوا إلى الله بصالح أعمالهم إنما هو حكاية عن شرع من قبلنا، وليس بلازم أن يكون شرعاً لنا، ولو فرض أنه شرع لنا ـ فإن المستأجر فيه قد يكون متطوعاً بما أعطي للأجير من المال، تبرُّعاً منه، فلم يكن قد تصرف في مال الأجير، وإنما تصرف في مال نفسه، ويدل لهذا ما في رواية: «أن المستأجر قال: إني استأجرت الأجير بفرق من أرز، فإنه يفيد أن الأجرة كانت في الذمة، فلما أحضرها للأجير لم يقبضها، فلم تصبح ملكاً له، لما علم أن غير المعين لا يملك إلا بالقبض، وحينئذ كان تصرف المستأجر فيها تصرفاً في مال نفسه، سواء اعتقد أنه ماله، أم لا.

٢ ـ إن حديث عروة لا تقوم به حجة، لأن في إسناده راوياً مبهماً، لم يعرف، إذ قال فيه شبيب بن غرقدة ـ أحد رواته ـ: «سمعت الحي يتحدثون عن عروة البارقي... وذكر الحديث». ولم يذكر شبيب أنه سمعه من شخص خاص، فلم يعرف من رواه عن عروة على أنه يمكن حمل الحديث، على أن عروة كان موكلاً من الرسول ـ عليه السلام ـ وكالة مطلقة بقرينة فهمها منه:

٣ ـ وأما حديث حكيم بن حزام فهو منقطع فلا يصلح للحجية، فضلاً عن أنه يمكن حمله على الوكالة، كما حمل حديث عروة وقد نوقشت أدلة الشافعية بما يأتي

١ ـ أن حديث النهي عن بيع ما ليس عند البائع لا يحمل إلا على البيع الفاجر الذي تحصل فيه المطالبة من الجانبين بمجرد العقد، لما فيه من عدم القدرة على تسليم المعقود عليه، فاشتمل على خطر الحصول وعدمه، أو يحمل على بيع ملك غيره باعتبار أنه ملك للبائع، ثم يذهب لشرائه من السوق، وتسليمه إلى المشتري، فمنع ذلك، لما فيه من الربح في مال الأجنبي قبل أن يدخل في ضمان البائع، وأما البيع الذي لا تحصل فيه المطالبة في الحال، ولا الربح في مال الأجنبي ـ فليس داخلاً في النهي، بدليل جواز السلم، وهو بيع ما لم يملك بعد. =

....

= ٢ ـ وعلى مثل هذا يحمل حديث عمرو بن شعيب.

وأما قولهم: إن بيع ما ليس في الملك يعتبر بيعاً لغير مقدور التسليم، كبيع الطير في الهواء فممنوع، لأن القدرة على التسليم في بيع الفضولي مرجوة يغلب حصولها، بخلاف بيع الطير في الهواء، فإنه يغلب عدم الحصول عليه، فلم يكونا سواء.

وقد نوقشت أدلة الحنفية بما يأتي:

١ ـ أن الآية يجوز تخصيصها، فإذا ثبت النهي عن بيع ما ليس في الملك تعين تخصيصها به.

٢ ـ أن استدلالهم بحديث عروة يبطل مذهبهم في الشراء الاستئجار، لأنه يفيد أنهما مثل البيع والإيجار، وكذلك حديث حكيم في بيعه الشاة الأولى وشرائه الثانية، على أن كلاً منهما قد احتمل الوكالة المطلقة، كما سبق.

٣ ـ وأما قولهم: إن الأسباب تنتج الأحكام، ما لم يكن هناك مانع، فهو مسلم وقولهم: إنه لا مانع من صحة بيع الفضولي إلا خشية الضرر بالمالك، غير مسلم، لأن المانع هو عدم القدرة على التسليم.

٤ ـ وأما استدلالهم على انصراف شراء الفضولي إليه، بأن الأصل في التصرف أن ينصرف إلى من يباشره، فذلك إنما يتأتى فيما إذا لم تكن للمشتري نية تصرف عمله إلى ناحية خاصة، وإلا وجب التعويل عليها، كما في شراء من وكل عن غيره.

تلك مواضع النقاش التي وردت على أدلة كل فريق، ونحن إذا تأملنا فيها ـ نرى أن أحاديث النهي عن بيع ما ليس في الملك لم يتوجه إلى إسنادها مطعن من الذين ذهبوا إلى صحة التصرف، ولم يزيدوا على أن تأولوها بحملها على البيع الذي تحصل به المطالبة في الحال، أو بحملها على بيع ملك الأجنبي، باعتبار أنه مملوك للبائع.

ومثل ذلك حديث الثلاثة الذين دفعت عليهم الصخرة، إذ لم يتوجه إلى إسناده أحد بطعن، وإنما تأولوه بحمله على التبرع، أو تخلصوا منه، بأنه كان شرعاً لغيرنا، ولكن هذه التأويلات إذا لم يوجد عليها دليل لم تكن مقبولة، ولا يكفي أن يقال: إن ما ذكر من الأحاديث الدالة على صحة التصرف تدل على تأويل أحاديث النهي، أو العكس، لأن التأويل في أدلة أحد الفريقين ليس بأولى من التأويل في أدلة الفريق الآخر.

وإذاً فالذي يصار إليه أن يوجد في أي الأدلة نفسها ما يدل على المراد منها، وبذلك يمكن أن نعرف أرجح القولين، وأولاهما بالعمل.

والمتأمل يرى أن في أدلة النهي عن بيع ما ليس في الملك ما يدل على تأويلها، إذ إن بعضها مصرح بأن النهي كان عين بيع ما ليس في الملك، ليذهب فيشتريه البائع، ويسلم إلى المشتري، وحينئذ فمنع هذا البيع إنما جاء؛ لأن البائع قد ألزم نفسه بشيء يطالب بتسليم في المال، وليس قادراً على ذلك، إذ قد يذهب، ليشتريه، فلا يحصل عليه، ومن هنا يحصل النزاع بينه وبين المشتري، وقد قرر ذلك من استدل بالحديث، حيث ذكروا أن بيع ما لم يملك ممنوع، لعدم القدرة على تسليمه، فكان السبب في منع هذا البيع هو اشتماله على الغرر كبيع الآبق، وحينئذ يختص النهي بهذه الحالة، وهي لا تكون إلا إذا بيع ملك الأجنبي، على اعتبار أنه مملوك للبائع، حتى لو فرض أنه مقدور التسليم، ففيه الربح في مال الأجنبي، وكان المالك أحق به. وأما من يبيع ملك غيره على أنه ليس ملك نفسه، وإنما يبيعه على ذمة صاحبه، =

....

= ليذهب، فيستأذنه، فإن رضي - تم البيع له، ولم ينل منه البائع شيئاً، وإن لم يرض به المالك - بطل، ولم يصب أحداً شيء من الضرر، ولا ارتكب البائع ما يدعو إلى النزاع، ولا ربح في مال غيره، فذلك البيع لا يدخل في النهي، وإنما يجب أن يلتمس حكمه في أدلة أخرى من عمومات الشريعة، أو أدلتها الخاصة، فإذا بحثنا في العمومات - رأيناها لا تأبى أن يكون تصرف الإنسان عن غيره بدون إذنه صحيحاً موقوفاً على إجازته. فإن المرء قد يرى غيره في حاجة إلى الشيء، فيشتريه له، أو يراه في حاجة إلى بيع شيء من ملكه، فيبيعه له، على أن يشاوره، فإن رَضِيَ - تم البيع له، وإلا - لم يحصل لأحد ما يسيئه، وهذا مشمول بالعمومات التي ترشد إلى التعاون على قضاء المصالح، تبعاً لحسن نية المتصرف وعلمه بحاجة غيره إلى البيع والشراء، وأما الأدلة الخاصة - فإن في بعض ما استدل به القائلون بصحة التصرف ما يصلح للحجية، فإن حديث الثلاثة الذين التجؤوا إلى الله بأعمالهم الصالحة إذا كان حكاية عن شرع من تقدم فإنه لما حكى على وجه الاستحسان من النبي ﷺ أصبح مقرراً بشرعنا، فيكون شرعاً لنا، وحمل فعل المستأجر فيه على تطوعه بما أعطاه للأجير من المال، استناداً إلى أن أجره كان غير معين، فلما لم يقبضه - لم يملكه، فإن هذا الحمل بعيد، إذ إن الدَّيْن إذا كان معلوم المقدار والوصف، ثم أحضره المدين للدائن، وخلى بينهما، فإن الدائن يملك المال بمجرد التخلية، فإذا تركه بعد ذلك للمدين - كان أمانة عنده، حتى إذا تصرف فيه - كان تصرفاً في مال غيره، وإذاً فالمستأجر لم يتبرع بماله، وإنما تبرع بعمله في الأجر، حتى كثر ونما، ثم جاء الأجير فأقره على عمله، وشكر الله له ما صنع، ومثل هذا حديث عروة البارقي في شرائه الشاة وبيعها، دون إذن رسول الله ﷺ فإنه صالح للاحتجاج به على صحة التصرف في مال الأجنبي، وما وجه إليه من أن في رَواية راوياً مبهماً فإنه مما يمكن رده بأن البخاري وغيره ممن لا يروون إلا ما صح عن رسول الله ﷺ قد ذكروه في كتبهم فروايتهم له تدل على صحته، ولا يضره إبهام أحد الرواة إذا علم أنه ليس ممن تهدر روايته، على أن المبهم الذي يقصدونه إنما هو رهط عروة وقومه، وقد صرح شبيب بن غرقدة، أنه سمعهم يتحدثون عن عروة، فدل هذا على أنه سمع الحديث من غير واحد، وظهور الحديث بين الجم الغفير مما يدل على ثبوته، فاكتفى الراوي بذكر ما يفيد ذلك عنده، وهو أنه سمعه من كثيرين، ولذا قال النووي في هذا الحديث: رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وإسناد الترمذي صحيح، وإسناد الآخرين حسن، فهو حديث صحيح ا هـ فقد صحح الحديث، ولم يطعن في روايته، وإنما تأوله بحمله على الوكالة المطلقة، وهو تأويل بعيد، ليس في الحديث ما يدل عليه، بل فيه ما ينافيه، إذ إن عروة يقول: بعثني؛ لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فدل على أن وكالته مقيدة وأنه باع، واشترى لرسول الله ﷺ بما رأى فيه المصلحة له، ولذلك قال الإمام الشافعي - رضي الله عنه -: «إذا صح حديث عروة - كان بيع مالك الأجنبي بدون إذنه جائزاً، إذا رضي، فلم يقل: إذا صح الحديث تأولته، لعلمه أن التأويل فيه بعيد، وإنما علق القول به على صحته، وقد صح، فيكفي أن يكون مستنداً للقول بصحته التصرف عن الأجنبي بيعاً وشراء، وقد عضده حديث حكيم بن حزام في شرائه الأضحية وبيعها، وإن كان منقطعاً - فهو صالح للاستشهاد به، وإن لم يصلح لأصل الاستدلال.

وبهذا يجمع بين الأحاديث حتى يستقر كل منها في مكانه، إذ تكون طائفة منها قد نهت عن بيع ما ليس في ملك البائع، إذا أدى إلى المخاطرة، أو أكل أموال الناس بالباطل، وذلك فيما إذا بيع دون أن يوقف البيع فيه على إذن مالكه، بينما تصرح طائفة أخرى من الأحاديث بصحة التصرف عن الأجنبي، إذا حقق مصلحة له، ولم يتضمن مضرة. =

موقوفاً على إجازة المالك عندنا، خلافاً للشافعي، كالبيع، والمسألة ذكرناها في «كتاب البيوع»، ثم الإجازة إنما تلحق الإجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها في البيوع، منها: قيام المعقود عليه.

وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولي فأجاز المالك العقد؛ أنه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت، وكانت الأجرة للمالك، لأن المعقود عليه ما فات.

أَلاَ ترى أنه لو عقد عليه بابتداء بأمره جاز، فإذا كان محلاً لإنشاء العقد عليه كان محلاً للإجازة، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته، وكانت الأُجرة للعاقد، لأن المنافع المعقود عليها قد انعدمت؛ أَلاَ ترى أنها قد خرجت عن احتمال إنشاء العقد عليها، فلا تلحقها الإجازة، وقد قالوا فيمن غصب عبداً فأجره سنةً للخدمة، وفي رجل آخر غصب غلاماً أو داراً فأقام البينة رجلٌ أنه له، فقال المالك: قد أجزت ما أجرت - أن مدة الإجارة إن كانت قد انقضت فللغاصب الأجر؛ لما ذكرنا أن المعقود عليه قد انعدم، والإجازة لا تلحق المعدوم، وإن كان في بعض المدة فالأجر الماضي والباقي لرب الغلام، في قول أبي يوسف.

وقال محمد: أجر ما مضى للغاصب، وأجر ما بقي للمالك، فأبو يوسف نظر إلى المدة.، فقال: إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلاً للإجازة، ومحمد نظر إلى المعقود عليه، فقال: كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله؛ كأنه عقد عليه عقد مبتدأ بالمنافع في الزمان الماضي وانعدمت فالعدم شرط لحوق الإِجازة العقد، فلا تلحقه الإجازة، وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف.

وقد قال محمد فيمن غصب أرضاً فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الأرض الإجارة - أن أجرة ما مضى للغاصب، وأجرة ما بقي للمالك، وهو على ما ذكرنا من الاختلاف، قال: فإن أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الأرض جازت، وإن كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شيء للغاصب من الزرع؛ لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد لا يفرد بعضها من بعض، فكان إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد.

= كما أن هناك أحاديث أخرى غير هذه كلها تدل على أن التصرف عن الأجنبي إذا ألجأت إليه الحاجة - أصبح ضرورة لا بد منها، كما في الملتقط يتصرف في اللقطة بعد تعريفها، ثم إن جاء صاحبها - كان مخيراً بين إمضاء التصرف، وبين المطالبة باللقطة، فهذا تصرف في ملك الأجنبي بدون إذنه، وهو تصرف صحيح بشهادة السنة والآثار.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

٢/١٢٢١أ وَأما إذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة / فلا يلحق العقد الإجازة، وأما الاستئجار من الفضولي فهو كشرائه، فإنه أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له، لأن العقد وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه، وإن أضاف العقد إلى من استأجر له، ينظر إن وقعت الإضافة إليه من الإيجاب والقبول جميعاً يتوقف على إجازته، وإن وقعت الإضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف، بل ينفذ على العاقد، لما ذكرنا في البيوع، بخلاف الوكيل بالاستئجار أنه يقع استئجاره للموكل، وإن أضاف العقد إلى نفسه، والفرق على نحو ما ذكرنا في «كتاب البيوع».

وعلى هذا تخرج إجارة الوكيل أنها نافذة لوجود الولاية بإنابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ، كما لو فعله الموكل بنفسه، وله أن يؤاجر من ابن الموكل وأبيه؛ لأن للموكل ذلك لاختلاف ملكيهما، كذا للوكيل وله أن يؤاجر من مكاتبه؛ لأنَّ للمولى أن يؤاجر منه، لأنه لا يملك ما في يده، فكذا لوكيله.

وأما العبد المأذون فإن لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤاجر منه، لأن المولى لا يجوز له ذلك، لأن كسبه ملكه؛ فكذا الوكيل، وإن كان عليه دين فله ذلك، أما عند أبي حنيفة فلأن المولى لا يملك ما في يده وكان بمنزلة المكاتب، فيجوز لوكيله أن يؤاجر منه.

وأما على قولهما: فكسبه وإن كان ملك المولى، لكن تعلق به حق الغير، فجعل المالك كالأجنبي، ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه، وكل من لا تقبل شهادته له في قول أبي حنيفة، وعندهما تجوز بأجر مثله كما في بيع العين، وهو من مسائل «كتاب الوكالة». وله أن يؤاجر بمثل أجر الدار، وبأقل عند أبي حنيفة، وعندهما ليس له أن يؤاجر بالأقل، وهو على الاختلاف في البيع.

ولو آجر إجارة فاسدة نفدت، ولأن مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد؛ كما في البيع، ولا ضمان عليه لأنه لم يصر مخالفاً، وعلى المستأجر أجر المثل إذا انتفع لأنه استوفى المنافع بالعقد الفاسد.

ولو لم يؤاجر الوكيل[1] الدار لكنه وَهَبَهَا من رجلٍ أو أعارها إياه فسكنها سنين، ثم جاء صاحبها، فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن، لأنَّ المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن إلا بالعقد الصحيح أو الفاسد، ولم يوجد هٰهنا.

وكذلك الإجارة من الأب والوصي والقاضي وأمينة نافذة لوجود الإنابة من الشرع، فللأب أَنْ يؤاجر ابنه الصغير في عمل من الأعمال، لأن ولايته على الصغير كولايته على

(١) في ط: الموكل.

نفسه؛ لأن شفقته عليه كشفقته على نفسه، وله أن يؤاجر نفسه، فكذا ابنه، ولأن فيها نظراً للصغير من وجهين.

أحدهما: أن المنافع في الأصل ليست بمال، خصوصاً منافع الحر، وبالإجارة تصير مالاً، وجعل ما ليس بمالٍ مالاً من باب النظر.

والثاني: أن إيجاره في الصنائع من باب التهذيب والتأديب والرياضة، وفيه نظر للصبي فيملكه الأب؛ وكذا وصي الأب لأنه مرضى الأب، والجد أب الأب لقيامه مقام الأب عند عدمه، ووصيه، لأنه مرضيه، والقاضي لأنه نصيب ناظراً، وأمينة لأن مرضيه، ولا تجوز إجارة غير الأب ووصيه والجد ووصيه من سائر ذوي الرحم المحرم إذا كان له أحد ممن ذكرنا، لأن من سواهم لا ولاية له على الصغير.

ألا ترى أنه لا يملك التصرف في ماله، ففي نفسه أَوْلَىٰ إلا إذا كان في حجره فتجوز إجارته إياه في قولهم؛ لأنه إذا كان في حجره كان له عليه ضرب من الولاية؛ لأنه يربيه ويؤدبه واستعماله في الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث إنه تأديب، فإن كان في حجر ذي رحم مَحْرَمٍ منه، فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب إليه من الذي هو في حجره؛ بأن كان الصبيُ في حجر عمه وله أم فأجرته، قال أبو يوسف: تجوز إجارتها إياه، وقال محمد: لا تجوز.

وجه قول محمد أن هؤلاء لا ولاية لهم على الصبي أصلاً ومقصوداً، وإنما يملكون الإجارة ضمناً لولاية التربية وأنها تثبت لمن كان في حجره، فإذا لم يكن في حجره كان بمنزلة الأجانب.

ولأبي يوسف: أن ذا الرحم إنما يلي عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم، فمن كان أقرب إليه في الرحم، كان أولى كالأب مع الجد، وللذي في حجره أن يقبض الأجرة لأن قبض الأجرة من حقوق العقد وهو العاقد، فكان ولاية القبض له، وليس له أن ينفقها عليه، لأن الأجرة ماله والإنفاق عليه تصرف في ماله، وليس له ولاية التصرف في المال، وكذا إذا وهب له هبة فله أن يقبضها وليس له أن ينفقها، لأن قبض الهبة منفعة محض للصغير.

ألا ترى أن الصغير يملك قبضها بنفسه، وأما الإنفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه مَنْ لا يملك التصرف في ماله، ولو بلغ الصبي في / هذا كله قبل انقضاء مدة الإجارة، فله ٢/ ٢٢١ب الخيار: إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ، لأن في استيفاء العقد إضراراً به؛ لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس، وإلى هذا أشار أبو حنيفة فقال: أرأيت لو تفقه فولى القضاء، أكنت أتركه يخدم الناس وقد أجره أبوه، هذا قبيح؛ ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً،

والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع، فإذا بلغ فيصير كأن الأب عقد [على][1] ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداءً، فكان له خيار الفسخ والإجارة؛ كما إذا عقد ابتداء بعد البلوغ، وكذا الأب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في إجارة عبد الصغير وعقاره، لأن لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع كذا بالإجارة.

ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف إجارة النفس، وقد ذكرنا الفرق بينهما في «كتاب البيوع»، وليس للأب، وَمَنْ يملك إجارة مال الصبي[2] ونفسه وماله أن يؤجره بأقل من أجر المثل قدر مَا لاَ يتغابن الناس في مثله عادةً، ولو فعل لا ينفذ لأنه ضرر في حقه، وهذه ولاية نظر في تثبت مع الضرر، وليس لغير هؤلاء فمن هو في حجره أن يؤاجر عبده أو داره؛ لأن ذلك تصرف في المال فلا يملكه إلاَّ من يملك التصرف في المال كبيع المال.

وقال ابن سماعة عن محمدٍ: أَستحسن أن يؤاجروا عبده؛ لأنهم يملكون إجارة نفسه، فأجارة ماله أولى؛ وكذا أَستحسن أن ينفقوا عليه ما لا بُدَّ منه؛ لأن في تأخير ذلك ضرراً عليه.

وكذلك أحد الوصيين يملك أن يؤاجر اليتيم في قول أبي حنيفة، ولا يؤاجر عبده، وقال محمد: يؤاجر عبده، والصحيحُ قول أبي حنيفة؛ لأن لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف الضرر بتأخيره، وفي ترك إجارة الصبي ضرر به[3] بترك تأديبه، ولا ضرر في ترك إجارة العبد، ولا تجوز إجارة الوصي نفسه للصبي، وهذا على أصل محمد لا يشكل، لأن الوصي لا يملك بيع ماله من الصبي أصلاً، فلا يملك إجارة نفسه، أما على أصل أبي حنيفة فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة، حيث يملك البيع ولا يملك الإجارة.

ووجه الفرق أنه إنما يملك بيع ماله منه إذا كان فيه نظر للصغير، ولا نظر للصغير في إجارة نفسه منه، لأن فيها جعل ما ليس بمالٍ مالاً، فلم يجز للوصي أن يعمل في مال الصبي مضاربة، والفرق بين الإجارة المضاربة أن الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقًّا في مال المضاربة، وإنما يوجب حقًّا في الربح وأنه قد يكون وقد لا يكون، فلا يلحقه تهمة؛ بخلاف الإجارة؛ لأنها توجب حقًّا في مال الصبي لا محالة، وهو متهم فيه لما بينا.

وأما استئجار الصغير لنفسه فينبغي أن يجوز على قول أبي حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها؛ لأنه يملك بيع ماله من نفسه إذا كان فيه نظر له، وفي استئجاره إياه لنفسه نظراً له؛ لما فيه من جعل ما ليس بمال مالاً، ويجوز للأب أن يؤاجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير لنفسه، لأن بيع مال الأب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر؛ بدليل أنه لو باع

---

(١) سقط من ط.

(٢) في أ: الصغير.

(٣) في ط: منه.

ماله منه بمثل قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز؛ فكذا الإجارة.

ومنها: تسليم المستأجر في إجارة المنازل ونحوها إذا كان العقد مطلقاً عن شرط التعجيل؛ بأن لم يشرط تعجيل الأجرة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضاً من غير شرط عندنا؛ خلافاً للشافعي، بناءً على أن الحكم في الإجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا؛ لأن العقد في حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة، فكان العقد في حق الحكم مضافاً إلى حين حدوث المنفعة، فيثبت حكمه عند ذلك.

وعنده تجعل منافع المدة موجودة في الحال تقديراً، كأنها عينٌ قائمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين، وهذا أصل نذكره في بيان حكم الإجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم؛ إن شاء الله تعالى.

ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في إجارة المنازل ونحوها، وعبيد الخدمة وأجير الواحد، حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيئاً من الأجر، لأن المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئاً، فلا يملك هو أيضاً شيئاً من الأجر، لأنه معاوضة مطلقة.

ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه، ولو أجر المنزل فارغاً وسلَّم المفتاح إلى المستأجر، فلم يفتح الباب حتى مضت المدة، لزمه كل الأجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع / الموانع في جميع المدة، فحدثت المنافع في ملك المستأجر فهلكت على ملكه، فلا يسقط عنه الأجر؛ كالبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع، كان الهلاك على المشتري، لأنه هلك على ملكه؛ كذا هذا. ٢/ ٢٢٢أ

وإن لم يسلم المفتاح إليه لكنه أذن له بفتح الباب، فقال: مر وافتح الباب، فإن كان يقدر على فتح الباب بالمعاجلة لزمه الكراء لوجود التسليم، وإن لم يقدر لا يلزمه، لأن التسليم لم يوجد.

ولو استأجر داراً ليسكنها شهراً، أو عبداً يستخدمه شهراً، أو دابةً ليركبها إلى الكوفة، فسكن، واستخدم في بعض الوقت، وركب في بعض المسافة، ثم حدث بها مانعٌ يمنع من الانتفاع من غرق أو مرض أو إباق أو غصب، أو كان زرعاً فانقطع[1] شربه، أو رحى فانقطع ماؤه، لا تلزمه أجرة تلك المدة؛ لأن المعقود عليه المنفعة في تلك المدة؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسلم محل المنفعة؛ لأنها معدومة، والمعدوم لا يحتمل

(١) في ط: فقطع.

التسليم، وإنما يسلمها على حسب وجودها شيئاً فشيئاً، فإذا اعترض مانع[(١)] فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض، فلا يجب البدل؛ كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

ومنها: أن يكون العقد مطلقاً عن شرط الخيار، فإن كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار؛ لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ما دام الخيار قائماً؛ لحاجة من له الخيار إلى دفع العين عن نفسه كما في بيع العين؛ وهذا لأن شرط الخيار وإن كان شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد.

والقياس يأباه لما مر، لكن تركنا إعتبار القياس لحاجة الناس، ولهذا جاز في بيع العين؛ كذا في الإجارة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ الموفق.

وأما شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرائط: بعضُها يرجع إلى العاقد، وبعضُها يرجع إلى المعقود عليه، وبعضُها يرجع إلى محل المعقود عليه، وبعضُها يرجع إلى ما يقابل المعقود عليه، وهو الأجرة، وبعضُها يرجع إلى نفس العقد، أعني: الركن.

أما الذي يرجع إلى العاقد: فرضا المتعاقدين، لقوله ـ عزَّ وجلَّ ـ: ﴿يأيها الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والإجارة تجارة، لأن التجارة تبادل المال بالمال؛ والإجارة كذلك؛ ولهذا يملكها المأذون وأنه لا يملك ما ليس بتجارة، فثبت أن الإجارة تجارةٌ، فدخلت تحت النص.

وقال النبيُّ ـ ﷺ ـ: **«لاَ يَحِلُّ مَالُ امِرْىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ[(٢)] مِنْ نَفْسِهِ»** فلا يصح مع الكراهة والهزل والخطأ؛ لأن هذه العوارض تنافي الرِّضا فتمنع صحة الإجارة، ولهذا منعت صحة البيع.

وأما إسلام العاقد: فليس بشرطٍ، فيصح من المسلم والكافر والحربي المستأمن كما يصح البيع منهم.

وكذا الحرية؛ فيصح من المملوك للمأذون، وينفذ من المحجور وينعقد ويتوقف على ما بينا، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فضروب: منها: أَنْ يكون المعقود عليه ـ وهو

---

(١) في ط: منع.
(٢) في ط: بطيبة.

المنفعة[١] ـ معلوماً علماً يمنع من المنازعة[٢]، فإن كان مجبولاً ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد، وإلا فلا، لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم، فلا يحصل المقصود من العقد، فكان العقد عبثاً لخلوه عن العاقبة الحميدة، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم، فيحصل المقصود، ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان أشياء:

منها: بيان محل المنفعة حتى لو قال: أجرتك إحدى هاتين الدارين، أو أحد هذين العبدين، أو قال: استأجرت أحد هذين الصانعين، لم يصح [العقد]؛ لأن المعقود عليه مجهولٌ لجهالةِ محلِّه جهالةً مفضيةً إلى المنازعة، فتمنع صحة العقد.

وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا باع نصيباً له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري؛ أنه لا يجوز لجهالة النصيب.

---

(١) المراد بالمنفعة: ما يقابل الذات، فلا يمكن أن يشار إليها إشارة حية، استقلالاً، وإنما يشار إليها كذلك تبعاً للذات المتعلقة بها.
وعقد الإجارة نسبة من النسب التي لا تتحقق إلا بين طرفين، يسمى أحدهما: مؤجراً، أو آجراً، والآخر: مستأجراً، وكل واحد منهما يبذله شيئاً خاصاً مما يملكه، نازلاً عنه لمن يتعاقد معه، وبذلك يملك كل منهما ما بذله الآخر، ويسمى ما يبدله كل من الطرفين: معقوداً عليه، أو: محل التعاقد، وله في عقد الإجارة اسم خاص يمتاز به عن محل التعاقد في غيره من العقود، فيسمى ما يبذله المؤجر منفعة، وما يبذله المستأجر أجرة، أو أجراً، أو إجارة، ولكل منهما أحكام خاصة، وشروط تميزه عن الآخر.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(٢) من المسلم به أن المنافع أمور إضافية، لا تستقل بالوجود، حتى تمكن مشاهدتها، فهي لا توجد إلا تبعاً لمضافاتها، فمعرفتها تكون بمعرفة محلها، وقدرها وصفتها، وفي ذلك تفاصيل متشعبة في كتب المذاهب، يحسن أن نلمّ بطرف مهم منها فيما بعد.
علم أن عقود المعاوضة، ـ ومنها الإجارة ـ مبنية على رضا المتعاقدين على ما قبلا التعاقد عليه، ولا يمكن أن يتوجه التراضي حقيقة إلا إلى المعلوم، وبهذا تظهر الحاجة إلى هذا الشرط.
وقد استنبطه الفقهاء من عمومات الكتاب والسنة.
قال الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.
فقد جعل الله أكل الأموال دون تراض في الجانبين أكلاً بالباطل، ومن ثُمّ وجب التراضي، والتراضي لا يمكن أن يتوجه إلا إلى معلوم.
وروى الإمام أحمد، عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ «نَهى عَنِ اسْتِئْجَارِ الأَجِيرِ حَتّى يبَيِّنَ لَهُ أَجْرُهُ».
فإنه يدل بعبارته على أن العلم بالأجر شرط في صحة الإجارة، وبفحواه على اشتراط العلم بالمنفعة، لأنها المقصودة بالذات.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يجوز إذا علم به بعد ذلك، وإن كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس، جاز، سواء كان البائع يعرفه أو لا يعرفه، بعد أن صدق المشتري فيما قال، وجواب أبي حنيفة مبنيٌّ على أصلين.

أحدهما: أن بيع النصيب لا يجوز عنده، وهو قول محمد، وعند أبي يوسف جائز.

والثاني: أن إجارة المشاع غير جائزة عنده، وإن كان المستأجر معلوماً من نصف أو ثلث أو غير ذلك، فالمجهول أَوْلَىٰ، وعندهما إجارة المشاع جائزة، وإنما فرق محمد بين الإجارة والبيع؛ حيث جوز إجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب، لأن الأجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا/ وإنما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة، والنصيب عندالاستيفاء معلومٌ؛ بخلاف البيع؛ فإن البدل فيه يجب نفسه العقد، وعند العقد النصيب مجهول.

٢/ ٢٢٢ب

وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ما إذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريباً أو جريبين؛ أنه لا يجوز كما لا يجوز البيع؛ لأن اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة؛ وذلك للحال مجهول، وكذا إجارة المشاع لا تجوز عنده، وإن كان معلوماً، فالمجهول أولى، وعندهما الذارع كالسهم، وتجوز إجارة السهم كذا إجارة الذراع، وقد ذكرنا المسألة في «كتاب البيوع».

وعلى هذا تخرج إجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة أنها لا تجوز؛ لأن المعقود عليه مجهول لجهالة محله؛ إذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما، وأنه غير معلوم فأشبه إجارة عبد من عبدين، وعندهما جائز كبيع الشائع، وبه أخذ الشافعي، وتخرج المسألة على أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه، ونذكر الدلائل هناك، إن شاء الله تعالى.

وإن استأجر طريقاً من دار ليمر فيها وقتاً معلوماً، لم يجز في قياس قول أبي حنيفة، لأن البقعة المستأجرة غير معلومة[1] من بقية الدار، فكان إجارة المشاع فلا يجوز عنده، وعندهما يجوز.

ولو استأجر ظهر بيت ليبيت عليه شهراً، أو ليضع متاعه عليه؛ اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الأصل، ذكر في بعضها أنه لا يجوز، وفي بعضها أنه يجوز، وهو الصحيح؛ لأن المعقود عليه معلوم.

---

(١) في أ: متميزة.

وذكر في الأصل إذا استؤجر عُلُوّ منزلٍ ليبني عليه لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة، لأن البناء عليه يختلف في الخفة والثقل، والثقيل منه يضر بالعلو، والضرر لا يدخل في العقد؛ لأن الأجير لا يرضى به، فكان مستثنى من العقد دلالةً ولا ضابط به، فصار محل المعقود عليه مجهولاً؛ بخلاف ما إذا استأجر أرضاً ليبني عليها أنه يجوز، لأن الأرض لا تتأثر لثقل البناء وخفته، [ولا][1] يجوز في قياس قول [أبي يوسف ومحمد][2] لأن البناء المذكور ينصرف إلى المتعارف، والجواب ما ذكرنا أنه ليس لذلك حد معلوم.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر شرباً من نهر أو مسيل ماء في أرض أنه لا يجوز؛ لأن قدر ما يشغل الماء من النهر والأرض غير معلوم.

ولو استأجر نهراً ليسوق منه الماء إلى أرض له فيسقيها، لم يجز، وذكر في الأصل[3] إذا استأجر نهراً يابساً يجري فيه الماء إلى أرضه، أو رحى، لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وقال: أرأيت لو استأجر ميزاباً ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر، ألم يكن هذا فاسداً؟

وذكر هشام عن محمد فيمن استأجر موضعاً معلوماً من أرض مؤقتاً بوقتٍ معلومٍ يسيل فيه ماؤه، أنه يجوز[4] فصار عن محمد روايتان:

وجه هذه الرواية أن المانع جهالة البقعة، وقد زالت الجهالة بالتعيين.

وجه الرواية المشهودة: وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف أنَّ مقدار ما يسيل من الماء في النهر والمسيل مختلفٌ، والكثير منه مضر بالنهر والسطح، والمضر منه مستثنى من العقد دلالةً، وغير المضر غير مضبوط، فصار محل المعقود عليه مجهولاً، ولو استأجر ميزاباً ليركبه في داره كل شهر بشيء مسمى، جاز؛ لأن الميزاب المركب في داره لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقعته، فكان محل المعقود عليه معلوماً.

ولو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءاً لم يجز؛ لأن مقدار ما يصب فيها من الماء مجهول، الضرر يختلف فيه بقلته وكثرته، فكان محل المعقود عليه مجهولاً، وعلى هذا يخرج أيضاً ما إذا استأجر حائطاً ليضع عليه جذوعاً أو يبني عليه سترة أو يضع فيه ميزاباً، أنه لا يجوز، لأن وضع الجذوع وبناء السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة، والثقيل منه يضر بالحائط، والضرر مستثنى من العقد دلالة، وليس لذلك المضر حد معلوم، فيصير محل المعقود عليه مجهولاً.

---

(١) سقط من ط.
(٢) في أ: أبي حنيفة.
(٣) في أ: الأرض.
(٤) في أ: لا يجوز.

وكذلك لو استأجر من الحائط موضع كوة[١] ليدخل عليه الضوء، أو موضعاً من الحائط ليتد فيه وتداً؛ لم يجز لما قلنا.

فإن قيل: أليس أنه لو استأجر دابة بغير عينها يجوز، وإن كان المعقود عليه مجهولاً لجهالة محَلِّه؟

فالجواب: أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لحاجة الناس إلى سقوط اعتبارها، لأن المسافر لو استأجر دابة بعينها فربما تموت الدابة في الطريق فتبطل الإجارة بموتها، ولا يمكنه المطالبة بدابة أخرى / فيبقى في الطريق فيقضي بغير حمولة فيتضرر به، فدعت الضرورة إلى الجواز وإسقاط اعتبار هذه الجهالة لحالة الناس، فلا تكون الجهالة مفضية إلى المنازعة كجهالة المدة وقدر الماء الذي يستعمل في الحمام. ٢/٢٢٣أ

وقال هشام: سألت محمداً عن الأطّلاء بالنورة[٢] بأن قال: أطليك بدانق ولا يعلم بما يطليه من غلظة ونحافته، قال: هو جائز، لأن مقدار البدن معلوم بالعادة، والتفاوت فيه يسير لا يفضي إلى المنازعة، ولأن الناس يتعاملون ذلك من غير نكير، فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس.

ومنها: بيان المدة في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر، لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة، وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة، وهو أظهر أقوال الشافعي، وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من سنة وفي بعضها أنه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة، والقولان لا معنى لهما، لأن المانع إن كان هو الجهالة فلا جهالة، وإن كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو إلى ذلك، وسواء عين اليوم أو الشهر أو السنة أو لم يعين، ويتعين الزمان الذي يعقب العقد لثبوت حكمه.

وقال الشافعي: لا يصح العقد ما لم يعين الوقت الذي يلي العقد نَصًّا[٣].

(١) الكوة: الخرق في الجدار يدخل منه الهواء والضوء المعجم الوسيط (كوو) (٨٠٦/٢).

(٢) النُّورة: حجر الكلس المعجم الوسيط (نور).

(٣) الإجارة على غير عمل لا بد فيها من التقدير بمدة، وهذا قد يتفق عليه بين الفقهاء، وقد وجهوا ما ذهبوا إليه: بأن لا خلاف في وجوب العلم بالمنفعة، وهي أمر إضافي، إن أمكن انضباطه في الأعمال بالمدة تارة، وبحمل العمل تارة أخرى، لم يمكن انضباطه في غير الأعمال إلا ببيان المدة، وترك البيان يقضي إلى النزاع والغرر، فقد يرغب أحد العاقدين في مدة طويلة، والآخر في مدة قصيرة.

وإذا قلنا بتقدير المدة ـ فإن طولها وقصرها يتركان لحرية المتعاقدين، حسبما يريانه محققاً لمصلحتيهما =

....

= على ألا تهلك فيها العين المؤجرة غالباً. إلى هذا ذهب الجمهور، خلافاً للمالكية والظاهرية.

أما الظاهرية: فإنهم يشترطون في المدة أن تكون مما يمكن بقاء المؤجر والمستأجر، والشيء المستأجر إليها، فإن لم يمكن بقاء أحدهم إليها ـ لم يجز العقد، وكان مفسوخاً.

وحجتهم على ذلك: أن العقد على مدة لا يعيش إليها المتعاقدان باطل، لأنه لو كان صحيحاً ـ لكان عقداً منهما لغيرهما، وقد تعاقدا لأنفسهما، فلا يصح، ومثله العقد على مدة لا تبقى إليها العين المستأجرة؛ فهو باطل؛ لأنه عقد على معدوم لا يوجد.

ويناقش ما استدل به الظاهرية: بأنا لا نسلم أن العقد على مدة لا يعيش إليها المتعاقدان يعتبر عقداً منهما لغيرهما، فإن عقد الإجارة ما هو إلا عقد معاوضة يفيد تمليك المنافع في مقابلة الأجرة، فالمنافع المعقود عليها كلها تملك للمستأجر والأجرة المقابلة لها كلها تملك للمؤجر، فإذا مات أحدهما ـ ملك ورثته عنه ما كان يملكه، من منفعة، أو أجرة فالورثة لا شأن لهم بالعقد أصلاً، وإنما ورثوا آثار العقد من منفعة وأجرة، كما يرثون أثر البيع من ثمن، أو مثمن، إذا بقي بيد المورث حتى مات عنه، وبهذا تسقط حجة الظاهرية في إبطال التقدير بمدة لا يعين إليها المتعاقدان، وأما إبطالهم التقدير بمدة لا تبقى إليها العين المستأجرة فمسلم.

والجمهور يقولون به.

وأما المالكية ـ فإنهم يفصلون في المدة بالنسبة للأعيان المؤجرة فيحددونها في الأرض الزراعية المأمونة الري بخمسين عاماً، وإذا لم تكن مأمونة ـ فإلى هذه المدة أيضاً، بشرط عدم قبض الكراء، وبالنسبة للعبد بخمسة عشر عاماً، وبالنسبة لدور السكنى بثلاثين عاماً وبالنسبة لدواب الركوب بسنة، إلا أن تكون في سفر فشهر، وهذا في الدابة التي يكون فيها قبض الأجرة، وأما مع عدم القبض فيجوز لأكثر من سنة، وقد فرقوا بين الدابة والعبد من جهة طول المدة وقصرها، بأن العبد إذا حصلت له مشقة يخبر عن حال نفسه، والدابة ليست كذلك.

ولم أر من استدل على هذا التحديد، وغاية ما يستدل به عليه أن الأرض، وإن لم تفن في الخمسين عاماً، إلا أنه قد تتغير فيها الأسعار، فالإجارة لأكثر منها تحتوي على الغرر، وأما الدار فإنه يخشى انهدامها لو استؤجرت لأكثر من تلك المدة، وكذا يقال في بقية التقادير عندهم.

ولا يخفى ضعف هذه الحجج، وعدم دلالتها على هذه التقادير المعينة المحددة، فالمانع من إطالة المدة، إما الجهالة، وإما خوف هلاك أحد العاقدين، وإما خوف هلاك العين.

وأما الجهالة فلا وجود لها، لأن الغرض: أن العاقدين قدار مدة معينة، وأما خوف هلاك أحد العاقدين، فلا أثر له، لأنه لا ينفسخ العقد بموت أحدهما عندهم، وفاقاً للجمهور، فلم يبق إلا خوف هلاك العين، وهو لا يتقدر بالخمسين والثلاثين والخمسة عشر وغيرها، إذا الأرض قد تبقى مئات السنين، والدار قد تبقى أكثر من الثلاثين بكثير، وكذا العبد قد يعيش أكثر من الخمسة عشر.

والذي يظهر أن هذا التقدير إنما هو تقريب لا تحديد، والمراد: استئجار العين إلى مدة تبقى فيها غالباً، كما يقول الجمهور.

وقد وجه الجمهور ما ذهبوا إليه من عدم تحديد المدة، إلا بما تبقى فيه العين المستأجرة غالباً، بأن عقد الإجارة لازم، لا ينفسخ بموت العاقدين، أو أحدهما مع سلامة العين المؤجرة، وقد أعطاهما العقد حق =

وجه قوله إن قوله يوماً أو شهراً أو سنةً، مجهولٌ؛ لأن اسم لوقت منكر، جهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه، وليس في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الأوقات دون بعض، فيبقى مجهولاً، فلا بد من التعيين.

ولنا أن التعيين قد يكون نصًّا وقد يكون دلالة، وقد وجد هٰهنا دلالة التعيين من وجهين.

أحدهما: أن الإنسان إنما يعقد عقد الإجارة للحاجة، والحاجة عَقِيبَ العقد قائمةٌ.

والثاني: أن العاقد يقصد بعقده الصحة، ولا صحة لهذا العقد إلا بالصرف في الشهر الذي يعقب العقد فيتعين، بخلاف ما إذا قال: لله عَلَيَّ أن أصوم شهراً أو أعتكف شهراً أن له أن يصوم ويعتكف أي شهر أَحَبَّ[1]، ولا يتعين الشهر الذي يلي النذر، لأن تعين الوقت ليس بشرط لصحة النذر، فوجب المنذور به في شهر منكر، فله أن يعين أيَّ شهرٍ شاء.

ولو آجر داره شهراً أو شهوراً معلومة، فإن وقع العقد في غرة الشهر يقع على الأهلة بلا خلافٍ، حتى لو نقص الشهر يوماً كان عليه كمال الأجرة، لأن الشهر اسم للهلال، وإن وقع بعد ما مضى بعض الشهر ففي إجاره الشهر يقع على ثلاثين يوماً بالإجماع؛ لتعذر اعتبار الأهلة فتعتبر بالأيام.

وأما في إجارة الشهور ففيها روايتان عن أبي حنيفة، في رواية اعتبر الشهور كلها بالأيام، وفي رواية اعتبر تكميل هذا الشهر فالأيام من الشهر الأخير والباقي بالأهلة، وهكذا ذكر في الأصل فقال: إذا استأجر سنة أولها هذا اليوم وهذا اليوم لأربعة عشر من الشهر، فإنه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهراً بالأهلة وستة عشر يوماً من الشهر الأخير، وهذا غلط وقع من الكاتب، والصحيح أن يقال وأربعة عشر يوماً، لأن ستة عشر يوماً قد سكن، فلم يبق لتمام الشهر بالأيام إلاَّ أربعة عشر يوماً.

وهكذا ذكر في بعض[2] النسخ، وإنما يسكن ستة عشر يوماً إذا كان سكن أربعة عشرة يوماً، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

= الانتفاع بما صار إليهما، فالمؤجر بالأجرة، والمستأجر بالعين، وما ثبت لهما من الحقوق يورث عنهما، فلا مانع من إطالة المدة، ولو لم يعن المتعاقدان إليها، ما دامت العين تبقى فيها غالباً.

فإن قيل: إن الحنفية يقولون بانفساخ الإجارة، بموت أحد العاقدين، فكان عليهم أن يقولوا: بما قال به الظاهرية من التحديد بمدة يعيش إليها العاقدان.

قلنا: لعلهم يلاحظون أن التقييد بالمدة يجعل العقد كأنه عقود كثيرة متعددة بتعدد المدة، فطرقها لا يؤثر، إذ غايته أن يبطل في المدة الزائدة، فلو أجر داراً مائة سنة فالإجارة صحيحة في المدة التي يعيشان إليها، فإذا مات أحدهما ـ انفسخت، فلا داعي لإبطالها ابتداء.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(١) في أ: شاء. (٢) في أ: بقية.

ووجهه ما ذكرنا في «كتاب الطلاق»؛ لأن اسم الشهور للأهلة إذ الشهر اسم للهلال لغةً، إلا أنه لا يمكن اعتبار الأهلة في الشهر الأول، فاعتبر فيه الأيام ويمكن فيما بعده فيعمل بالأصل، ولأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لأنه يتجدد ويحدث شيئاً فشيئاً، فيصير عند تمام الشهر الأول كأنه عقدالإجارة ابتداء، فيعتبر بالأهلة؛ بخلاف العدة أنه يعتبر فيها الأيام على إحدى الروايتين، لأن كل جزء من أجزاء العدة ليس بعدة، ولأن العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطاً، والإجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط.

وجه الرواية الأُخرى أن الشهر الأول يكمل بالأيام بلا خلافٍ، وإنما يكمل بالأيام من الشهر الثاني، فإذا كمل بالأيام من الشهر الثاني يصير أول الشهر الثاني بالأيام فيكمل من الشهر الثالث، وهكذا إلى آخر الشهور.

ولو قال أجرتك هذه الدار سنةً، كل شهر بدرهم، جاز بالإجماع، لأن المدة معلومة والأجرة معلومة، فلا يجوز ولا يملك أحدهما الفسخ قبلَ تمام السنة من غير عذر.

ولو لم يذكر السنة فقال: أجرتك هذه/ الدار كل شهر بدرهم، جاز في شهر واحد عند أبي حنيفة، وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين بأن قال: بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم؛ أنه لا يصح إلا في قفيز واحد عنده، لأن جملة الشهور مجهولة، فأما الشهر الأول فمعلومٌ وهو الذي يعقب العقد. ٢/٢٢٣ب

وذكر القدوري أنَّ الصحيحَ من قول أبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز أيضاً، وفرقا بين الإجارة وبيع العين من حيث إن كل شهر لا نهاية له، فلا يكون المعقود عليه معلوماً بخلاف الصبرة؛ لأنه يمكن معرفة الجملة بالكيل، وعامة مشايخنا قالوا تجوز هذه الإجارة على قولهما: كل شهر بدرهم، كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم، وفي بيع المذروع كل ذراع بدرهم.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز البيع في المذروع في الكل لا في ذراع واحد ولا في الباقي.

وفي المكيل والموزون يجوز في واحد ولا يجوز في الباقي في الحال إلا إذا علم المشتري جملته في المجلس، لأن بيع قفيز من صبرة جائز؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز، فأما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز؛ لتفاوت[١] في أجزاء الثوب فيفضي إلى المنازعة.

(١) في ط: التفاوت.

وقال الشافعيُّ: هذه الإجارة فاسدةٌ، واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الأثواب بدرهم، وهذا الاعتبار غير سديد؛ لأن الثياب تختلف في أنفسها اختلافاً فاحشاً، ولا يمكن تعين واحد منها لاختلافها، فأما الشهور فإنها لا تختلف فيتعين واحد منها للإجارة عند أبي حنيفة وهو الشهر الأول لما بينا، وإذا جاز في الشهر الأول لا غير عند أبي حنيفة، فلكل واحد منهما أن يترك الإجارة عند تمام الشهر الأول، فإذا دخل الشهر الثاني ولم يترك أحدهما، انعقدت في الإجارة الشهر الثاني؛ لأنه إذا مضي الشهر الأول ولم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد في الشهر الثاني، فصارا كأنهما جددا العقد، وكذا هذا عند مضي كل شهر؛ بخلاف ما إذا أجر شهراً وسكت ولم يقل كل شهر؛ لأن هناك لم يسبق منه شيء يبنى عليه العقد في الشهر الثاني.

ثم اختلف مشايخنا في وقت الفسخ وكيفيته: قال بعضُهم إذا أهلَّ الهلالُ يقول أحدهما على الفور فسخت الإجارة، فإذا قال ذلك لا ينعقد في الشهر الثاني، وإن سكتا عنه انعقدت.

وقال بعضُهم: يفسخ أحدهما الإجارة في الحال، فإذا جاء رأس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق.

وقال بعضهم: يفسخ أحدهما ليلة الهلال أو يومها، وإن سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الأول انعقدت الإجارة في الشهر الثاني.

وهذا أصح الأقاويل، ومعنى الفسخ هٰهنا هو: انعقاد الإجارة في الشهر الثاني؛ لأن رفع العقد الموجود في الأصل.

ولو استأجر دلواً وبكرة ليسقي غنمه ولم يذكر المدة لم يجز؛ لأن قدر الزمان الذي يسقى فيه الغنم غير معلوم، فكان قدر المعقود عليه مجهولاً، وإن بين المدة جاز لأنه صار معلوماً ببيان المدة، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

وَأمَّا بيان ما يستأجر له في هذا النوع من الإجارة، أعني: إجارة المنازل ونحوها، فليس بشرط حتى لو استأجر شيئاً من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه، جاز، وله أن يسكن فيه بنفسه[١] ومع غيره، وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة، وله أن يضع فيه متاعاً أو غيره[٢]، غير أنه لا يحمل فيه حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر بالبناء ويوهنه، وإنما كان كذلك لأن الإجارة شرعت للانتفاع، والدور والمنازل والبيوت ونحوهما معدة للانتفاع بها بالسكنى،

(١) في ط: نفسه.

(٢) في ط: وغيره.

ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة[1]؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى، فكانت معلومة من غير تسمية.

وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم إلا تفاوتاً يسيراً، وأنه ملحق بالعدم، ووضع المتاع من توابع السكنى.

وذكر في الأصل أن له أن يربط في الدار دابته وبعيره وشاته؛ لأن ذلك من توابع السكنى.

وقيل إن هذا الجواب على عادة أهل الكوفة، والجواب فيه يختلف باختلاف العادة، فإن كان موضع جرت العادة بذلك فله ذلك، وإلا فلا؛ وإنما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر بالبناء ويوهنه من القصار والحداد والطحان لأن ذلك إتلاف العين وأنه لم يدخل تحت العقد إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين، ولأن مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد.

والظَّاهرُ أن الحانوت الذي يكون في صف البزازين[2] أنه لا يؤاجر لعمل الحداد والقصار والطحان فلا ينصرف مطلق العقد إليه؛ إذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره في العقد إلا بالتسمية أو بالرضا، حتى لو آجر حانوتاً في صف الحدادين من حداد عمل الحدادة/ فيه ٢/ ٢٢٤أ من غير تسمية للعادة، وإنما كان له أن يؤاجر من غيره وبعير؛ لأنه ملك المنفعة، فكان له أن يؤاجر من غيره بعوض وبغير عوض.

وأما في إجارة الأرض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك، فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة إلا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء.

وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء، وإلا فلا يجوز العقد؛ لأن منافع الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة.

وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها، فكان المعقود عليه مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة، فلا بد من البيان؛ بخلاف السكنى فإنها لا تختلف، وأما في إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين: المدة أو المكان، فإن لم يبين أحدهما فسدت، لأن ترك البيان يفضي إلى المنازعة.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر دابة يشيع عليها رجلاً أو يتلقاه؛ أن الإجارة فاسدة إلا أن يسمى موضعاً معلوماً لما قلنا.

---

(١) في أ: غير متفاوتة.

(٢) البَزّاز: هو بائع البزّ، وهو نوع من الثياب المعجم الوسيط (بزز).

وكذا إذا استأجرها إلى الجبانة[١]؛ لأن الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها؛ لأنها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها، بخلاف ما إذا استأجر دابة إلى الكوفة أنه يصح العقد وإن كان أطرافها وجوانبها متباعدة؛ لأن المكان هناك معلوم بالعادة، وهو منزله الذي بالكوفة؛ لأن الإنسان إذا استأجر إلى بلده فإنما يستأجر إلى بيته.

ألا ترى أنه ما جرت العادة بين المكاريين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد فصار منزله بالكوفة مذكوراً دلالة، والمذكور دلالةً كالمذكور نصّاً، ولا عادة في الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه، حتى لو كان في الجبانة موضع لا يركب إلا إليه يصح العقد، وينصرف إليه كما يصح إلى الكوفة.

ولو تكاراها بدرهم يذهب عليها إلى حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان؛ لأن الحوائج تختلف، منها ما ينقضي بالركوب إلى موضع، ومنها ما لا ينقضي إلا بقطع[٢] مسافة بعيدة، فكانت المنافع مجهولة، فتفسد الإجارة.

وذكر في الأصل إذا تكارى دابة من الفرات إلى جعفى وجعفى قبيلتان بالكوفة ولم يسم إحداهما، أو إلى الكناسة وفيها كناستان ولم يسم إحداهما، أو إلى بجيلة وبها بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم إحداهما ـ أن الإجارة فاسدة؛ لأن المكان مجهول، ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له في الحمل والركوب؛ لأنهما منفعتان مختلفتان، وبعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها؛ لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول، والناس يتفاوتون في الركوب، فترك البيان يفضي إلى المنازعة.

وذكر في الأصل إذا استأجر بعيرين من الكوفة إلى مكة، فحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والدثر، وقد رأى الرجلين ولم ير الوطاء والدثر، وأحدهما زاملة يحمل عليها كذا وكذا محتوماً من السويق والدقيق وما يصلحهما من الزيت والخل والمعاليق، ولم يبين ذلك، واشترط عليه ما يكتفي به من الماء ولم يبين ذلك، فهذا كله فاسدٌ بالقياس، ولكن قال أبو حنيفة: استحسن ذلك وجه القياس أنه شرط عملاً[٣] مجهولاً؛ لأنه قدر الكسوة والدثار يختلف باختلاف الناس، فصارت المنافع مجهولة.

وجه الاستحسان: أن الناس يفعلون ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، فكان ذلك إسقاطاً منهم اعتبار هذه الجهالة، فلا يفضي إلى المنازعة.

---

(١) الجبَّانة: المقبرة المعجم الوسيط (جبن).

(٢) في أ: بعد. (٣) في أ: حملاً.

وإن اشترط المستأجر أن يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائزٌ؛ لأن قدر الهدايا يعلم بالعادة، وهذا مما يفعله[1] الناس في سائر الأعصار من غير نكير، وإن بين وزن المعاليق ووصف ذلك والهدايا أحَبُّ إلينا لأنه يجوز قياساً واستحساناً، وذلك يكون أبعد من الخصومة لذلك قال أحبُّ إلينا، ولكلِ محل قربتين من ماء وأداوتين من أعظم ما يكون؛ لأن هذا كله يصير معلوماً بالعادة وذكره أفضل.

وكذا الخيمة والقبة وذكره أفضل لما قلنا، وفي استئجار العبد للخدمة والثوب للبس والقدر للطبخ لا بد من بيان المدة لما قلنا.

والقياس أن يشترط بيان نوع الخدمة في استئجار العبد للخدمة؛ لأن الخدمة تختلف فكانت مجهولة.

وفي الاستحسان: لا يشترط وينصرف إلى المتعارف وليس له أن يسافر به، فلا بد من بيان ما يلبس وما يطبخ في القدر؛ لأن اللبس يختلف باختلاف/ اللابس، والقدر يختلف ٢/ ٢٢٤ب باختلاف المطبوخ، فلا بد من البيان ليصير المعقود عليه معلوماً، فإن اختصما حين وقعت الإجارة في هذه الأشياء قبل أن يزرع أو يبنى أو يغرس، أو قبل أن يحمل على الدابة أو يركبها، أو قبل أن يلبس الثوب أو يطبخ في القدر، فإن القاضي يفسخ الإجارة لأن العقد وقع فاسداً، ورفعُ الفساد واجبٌ؛ حَقاً للشرع، فإن زرع الأرض وحمل [على][2] الدابة ولبس الثوب وطبخ في القدر، فمضت المدة فله ما سمى؛ استحساناً.

والقياس أن يكون له أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد، واستيفاء المنفعة بعقد فاسد يُوجب أجر المثل لا المسمى.

وجه الاستحسان: أن المفسد جهالة المعقود عليه، والمعقود عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ، فزالت الجهالة، فقد استوفى المعقود عليه في عقد صحيح، فيجب كمال المسمى كما لو كان متعيناً في الابتداء.

ولو فسخ القاضي الإجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غير ذلك، لا يجب شيء؛ لأن القاضي لما نقض العقد فقد بطل العقد، فصار مستعملاً مال الغير من غير عقد، فصار غاصباً؛ والمنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بالعقد الصحيح أو الفاسد، ولم يوجد.

ومنها: بيان العمل في استئجار الصناع والعمال؛ لأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالةٌ مفضيةٌ إلى المنازعة، فيفسد العقد؛ حتى لو استأجر عاملاً ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعي ونحو ذلك، لم يجز العقد، وكذا بيان المعمول فيه في الأجير

(١) في أ: يتعامله.

(٢) سقط من ط.

المشترك، إما بالإشارة والتعيين، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة، وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل أو الإبل أو البقر أو الغنم وعددها؛ لأن العمل يختلف باختلاف المعمول.

وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر حفاراً ليحفر له بئراً؛ أنه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها؛ لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة، فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوماً.

وهل يشترط فيه بيان المدة؟ أما في استئجار الراعي المشترك فيشترط؛ لأن قدر المعقود عليه لا يصير معلوماً بدونه.

وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط؛ حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثواباً معلومة ليخيطها أو ليقصرها، جاز من غير بيان المدة؛ لأن المعقود عليه يصير معلوماً بدونه.

وأما في الأجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته، وإنما يشترط بيان المدة فقط.

وبيان المدة في استئجار الظئر شرط جوازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة؛ لأن المعقود عليه هو الخدمة، فما جاز في الظئر وما لم يجز فيه لم يجز فيها، إلا أن أبا حنيفة استحسن في الظئر أن تستأجر بطعامها وكسوتها؛ لما نذكره في موضعه، إن شاء الله ـ تعالى ـ.

ولو استأجر إنساناً ليبيع له ويشتري، ولم يبين المدة، لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء، ولو بين المدة بأن استأجره شهراً ليبيع له ويشتري، جاز، لأن قدر المنفعة صار معلوماً ببيان المدة.

وما روي عن بعض الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ [أنه][1] قال: كنا نبيع في أسواق المدينة ونسمي أنفسنا السماسرة، فخرج علينا رسول الله ﷺ وسمَّانا بأحسن الأسماء، فقال ﷺ: **«يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ، إِنَّ بَيْعَكُمْ هَذَا يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ وَالكَذِبُ، فَشُوبُوهُ بِالصَّدَقَةِ»**[2]

---

(١) سقط من ط.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٢) كتاب البيوع باب في التجارة يخالطها الحلف واللغو حديث (٣٣٢٦، ٣٣٢٧) والترمذي (٣/ ٥٠٥) كتاب البيوع: باب ما جاء في التجارة وتسمية النبي ﷺ إياهم حديث (١٢٠٨) والنسائي (٧/ ١٤ ـ ١٥) كتاب الأيمان: باب في الحلف والكذب، وابن ماجه (٢/ ٧٢٥ ـ ٧٢٦) كتاب التجارات: باب التوقي في التجارة حديث (٢/ ٤٥) وأحمد (٤/ ٦، ٢٨٠) والحميدي (٤٣٨) من حديث قيس بن أبي غرزة مرفوعاً.
وقال الترمذي حسن صحيح.

والسمسار هو الذي يبيع أو يشتري لغيره بالأجرة، فهو محمول على ما إذا كانت المدة معلومة.

وكذا إذا قال: بع لي هذا الثوب ولك درهم، وبين المدة، وإن لم يبين فباع واشترى، فله أجر مثل عمله، لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد.

قال الفضل بن غانم: سمعتُ أبا يوسف قال[1]: لا بأس أن يستأجر القاضي رجلاً مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه، وإن كان غير مشاهرة فالإجارة فاسدة؛ لأنها إذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوماً ببيان المدة، ويستحق الأجرة فيها بتسليم النفس، عمل أوْ لم يعمل، وإذا لم يذكر الوقت بقي المعقود عليه مجهولاً؛ لأن قدر الحدود التي سماها غير معلوم؛ وكذا محل الإقامة مجهول.

وذكر محمد في «السير الكبير»: إذا استأجر الإمام رجلاً ليقتل المرتدين والأسارى، لم يجز عند أصحابنا، وإن استأجره لقطع اليد، جاز، ولا فرق بينهما عندي، والإجارة جائزة فيهما؛ هكذا ذكر محمد، وأراد بقوله: «أصحابنا» أبا يوسف وأبا حنيفة.

وعلى هذا الخلاف إذا/ استأجر رجلٌ رجلاً لاستيفاء القصاص في النفس. ٢/٢٢٥أ

وجه قوله إنه استأجره لعمل معلوم، وهو القتل، ومحله معلوم وهو العتق؛ إذ لا يباح له العدول عنه، فيجوز؛ كما لو استأجره لقطع اليد أو ذبح[2] الشاة، ولهما أن محله من العتق ليس بمعلوم بخلاف القطع، فإن محله من اليد معلوم وهو المفصل، وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم.

وقال ابن رستم عن محمد في رجلٍ قال لرجل: اقتل هذا الذئب أو هذا الأسد ولك درهم، وهما صيد ليسا للمستأجر، فقتله، فإن له أجر مثله لا أجاوز به درهماً؛ لأن الأسد والذئب إذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلهما إلى المعالجة، فكان العمل مجهولاً، وإنما وجب عليه أجر المثل؛ لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد، ويكون الصيد للمستأجر، لأنَّ قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الأجير يقع للمستأجر، فصار كأنه قتله بنفسه.

وعلى هذا يخرج ما إذَا قَالَ لرجلٍ: استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم، أو لتقصر هذا الثوب اليوم، أو لتخبز قفيز دقيق اليوم، أو قال: استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب، أو لتقصر، أو لتخبز قدم اليوم، أو أخره أن الإجارة فاسدة في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: جائزة.

وعلى هذا الخلاف إذا استأجر الدابة إلى الكوفة أيّاماً مسماة، فالإجارة فاسدة عنده، وعندهما جائزة.

---

(١) في أ: يقول.

(٢) في ط: وذبح.

وجه قولهما إنَّ المعقول عليه هو العمل؛ لأنه هو المقصود والعمل معلوم، فأما ذكر المدة فهو التعجيل، فَلَمْ تكن المدة معقوداً عليها، فذكرها لا يمنع جواز العقد، وإذا وقعت الإجارة على العمل، فإن فرغ منه قبل تمام المدة، أي: اليوم، فله كمال الأجر، وإن لم يفرغ منه اليوم فعليه أن يعلمه في الغد؛ كما إذا دفع إلى خياط ثوباً ليقطعه ويخيطه قميصاً؛ على أن يفرغ منه في يومه هذا، أو اكترى من رجلٍ إبلاً إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلاً، ولم يزد على هذا؛ أن الإجارة جائزة، ثم إن وفى بالشرط أخذ المسمى، وإن لم يف به، فله أجر مثله لا يزاد على ما شرطه.

ولأبي حنيفة أنَّ المعقود عليه مجهول؛ لأنه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه، أعني: العمل والمدةَ، أما العمل فظاهر؛ وكذا ذكر بدليل أنه لو استأجره يوماً للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز، جاز؛ وكان الجواب باعتبار أنه جعل المعقود عليه المنفعة، والمنفعةُ مقدرة بالوقت، ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقوداً عليه؛ لأن حكمهما مختلف؛ لأن العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عملٍ؛ لأنه يكون أجيراً خالصاً[1]، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل؛ لأنه يصير أجيراً مشتركاً، فكان المعقود عليه أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكان مجهولاً وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد؛ بخلاف تلك المسألة؛ لأن قوله على أن يفرغ منه في يومي هذا ليس جعل الوقت معقوداً عليه، بل هو بيان صفة العمل بدليل أنه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق أجر المثل[2].

---

(١) في أ: خاصاً.

(٢) يجوز في الإجارة على عمل من حرفة، كالخياطة والبناء، أو غيرها، كالحصاد، والدارس أن تعين بالزمن، كيوم، أو جمعة، أو شهر، وأن تعين بمحل العمل، دون الزمن، ككتابة كتاب علم، أو بناء حائط، أو قنطرة، أو حفر بئر، أو خياطة ثوب إذا وصفت هذه الأمور وصفاً رافعاً للنزاع، فإذا عنيت بالزمن استحق العامل الأجرة على تسليمه نفسه في ذلك الزمن، وإن قل عمله، أو لم يتهيأ له عمل، وإذا عينت بمحل العمل - استحقق الآجرة على العمل طال الزمن، أو قصر، فإن جمع الزمن والعمل، كأنه قال إنسان لآخر: خط هذا الثوب في هذا اليوم بكذا؟ ففي ذلك تفصيل حاصله:

أ - أنه إن كان الزمن مساوياً للعمل، بأن كان يسعه لا يزيد، ولا ينقص، فهو فاسد اتفاقاً عند المالكية، فيما حكاه ابن رشد.

وحكى ابن عبد السلام: أنه أحد مشهورين، والآخر عدم الفساد.

ب - وإن كان الزمن أقل من العمل فهو فاسد اتفاقاً عندهم.

جـ - وإن كان الزمن أوسع من العمل جاز اتفاقاً، على ما حكاه ابن عبد السلام، وفسد على المشهور على ما حكاه ابن رشد.

وطريقة ابن عبد السلام أظهر في النظر على ما قال الدردير في «الشرح الكبير». =

....

= وعلة الفساد فيما لو نقص الزمن عدم إمكان التسليم، وأما إذا ساوى، أو زاد ـ فالعلة احتمال وجود طارىء يطرأ على الأجير يمنعه عن إتمام العمل في هذا الزمن، فيؤدي ذلك إلى النزاع.
والشافعية أيضاً يمنعون تقدير المنفعة بالزمن، ومحل العمل مقاماً لم يكن، ذكراً لزمن يقصد التعجيل.
ولهم فيما لو زاد الزمن على العمل وجهان.
أحدهما: نص عليه البويطي، هو: الصحة، لأن عروض عائق عن الإكمال في الزمان المتسع، خلاف الأصل، فلا ينظر إليه.
وثانيهما: عدم الصحة، وهو الذي اعتمدوه.
والحنفية مختلفون أيضاً في الجمع بين الزمن والعمل.
فأبو حنيفة يقول فيه: بفساد الإجارة، وأبو يوسف ومحمد يقولان بجوازها.
وجه قول الصاحبين: أن المعقود عليه هو العمل، لأنه هو المقصود، والعمل معلوم، فأما ذكر المدة، فهو للتعجيل، فلم تكن المدة معقوداً عليها، فإن فرغ من العمل قبل تمام المدة فله كمال الأجرة، وإلا فعليه أن يتمه بعد المدة، وله أجر مثله على ألا يزيد على ما شرطه.
ووجه قول أبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول، لأنه ذكر أمران كل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه، وهما: العمل، والمدة.
أما العمل ـ فظاهر، وأمّا المدة، فلأنه لو استأجره يوماً للخبز، من غير بيان قدر ما يخبز جاز، لأن المعقود عليه المنفعة، وهي مقدرة بالوقت، ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقوداً عليه، لأن حكمهما مختلف، إذ العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل، لأنه يكون أجيراً خالصاً، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل، لأنه يصير أجيراً مشتركاً، فكان المعقود عليه أحدهما، وليس أحدهما بأولى الآخر، فكان مجهولاً وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، والخلاف بين أبي حنيفة، وصاحبيه إنما هو فيما لو قال: استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم، أو استأجرتك هذا اليوم، لتخيط هذا الثوب.
وأما لو دفع إلى خياط ثوباً، ليقطعه ويخيطه قميصاً على أن يفرغ منه في يومه هذا فالإجارة جائزة بين أبي حنيفة وصاحبيه، ثم إن وفي بالشرط ـ أخذ المسمى، وإن لم يف به فله أجر مثله، على ألا يزيد على ما شرطه؛ لأنه لم يحيل الوقت معقوداً عليه، وإنما جعله بياناً لصفة العمل، فلا تأتي فيه علة المنع التي قال بها أبو حنيفة في المثالين السابقين.
والحنابلة مختلفون أيضاً، فالراجح عندهم: أنه لا يجوز الجمع بين المدة والعمل.
ورُوي عن أحمد الجواز، كقول أبي يوسف ومحمد.
وخلاصة هذا الخلاف كلهم ثلاثة أقوال:
١ ـ المنع مطلقاً.
٢ ـ الجواز مطلقاً.
٣ ـ التفصيل إما بالمنع عند نقص الزمن، والجواز فيما عداه، وإما بالمنع عند نقص الزمن ومساواته، والجواز عند زيادته، وإما بالمنع في بعض الأمثلة، والجواز في بعضها.
والذي يظهر إنما هو التفصيل بين ما لو كان الزمن ينقص عن العمل، أو لا ينقص، فإن نقص ـ فالعقد فاسد، لعدم إمكان التسليم، ولأنه عبث ـ ما لم يكن كناية عن السرعة غير مقصود به الاشتراط، فإنه =

ولو قال: أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة دراهم، أو هذه الأُخرى شهراً بعشرة دراهم، أو كان[١] هذا القول في حانوتين أو عبدين أو مسافتين مختلفتين؛ بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى واسط بكذا، أو إلى مكة بكذا، فذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة استحساناً، وعند زفر والشافعي: لا يجوز قياساً.

وعلى هذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن ذكر أربعة لم يجز، وعلى هذا أنواع: الخياطة، والصبغ أنه إن ذكر ثلاثة جاز عندنا، ولا يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين.

وجه القياس: أنه أضاف العقد إلى أحد المذكورين وهو مجهول، فلا يصح، ولهذا لم يصح إذا أضيف إلى أحد الأشياء الأربعة.

وَلَنَا أن خيره بين عقدين معلومين في محلَّين متقومين ببدلين معلومين؛ كما لو قال: إن رددت الآبق من موضع كذا فلك كذا، وإن رددته من موضع كذا فلك كذا، وكما لو قال: إن خطت[٢] هذا الثوب فبدرهم، وإن خطت[٣] هذا الآخر فبدرهم، وعملهما سواءٌ، وكما لو قال: إن سرت على هذه الدابة إلى موضع كذا فبدرهم، وإن سرت إلى موضع كذا فبدرهم، والمسافة سواء.

= حينئذ لا يضر، ولا يعتبر الإخلال به موجباً للخيار.
وإن لم ينقص عن العمل، بأن ساواه، أو زاد عليه صح العقد، سواء قصد بذكر الزمن الاشتراط، أم جعله كناية عن السرعة، لأنه على فرض كونه، للاشتراط إنما هو اشتراط للمصلحة، وليس فيه غرر، أو جهالة تمنع من التسليم، وما يقال من أن الزمن حينئذ يكون معقوداً عليه، فيؤدي ذلك إلى الجمع بين حكمين مختلفين، أو جهالة المعقود عليه، فهو غير ظاهر، لأن كل أحد يفرق بالضرورة بين من يقول: خط عندي يوماً، وبين من يقول: خط لي هذا الثوب في يوم، فمقصود الأول: تملك منفعة الأجير في الزمن المخصوص، سواء أخاط له ثوباً، أم أقل، أم أكثر، أم سلم نفسه، ولو لم يعلم شيئاً، ومقصور الثاني: إنما هو العلم المخصوص لا يملك سائر منافع الأجير، بل له أن يخيط في هذا الزمن له ولغيره، لكنه اشترط الزمن للمصلحة، فليس معقوداً عليه، وإنما هو شرط إذ أوفى به، فالأمر ظاهر، وإن خاط الثوب في أقل منه ـ فقد زاد جيدًا، واستحق المسمى، كما لو عجل المدين أداء دينه المؤجل، وإن أبطأ فخاط بعض الثوب في الزمن، أو لم يخط شيئاً أصلاً، فالمستأجر بالخيار، بين النسخ، والإجازة، فإن فسخ فللأجير أجر مثل ما صنع إن كان قد صنع شيئاً، ولا عبرة بالمسمى، لأنه سقط بالانفساخ، وإن لم يفسخ فليس على الأجير سوى إتمام العمل، وله المسمى.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(١) في أ: قال.
(٢) في ط: خيطت.
(٣) في ط: خيطت.

وأما قولهما إن العقد أضيف إلى أحد المذكورين من غير عين، فنعم، لكن فوض خيار التعيين إلى المستأجر، ومثل هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة كجهالة قفيز في الصبرة، ولهذا جاز البيع، فالإجارة أوْلَىٰ؛ لأنها أوسع من البيع.

ألاَ ترى أنها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع، ولهذا جوزوا هذه الإجارة/ من غير شرط الخيار، ولم يجوزوا البيع إلا بشرط الخيار، وكذلك إذا دفع إلى خياطاً ثوباً فقال له: إن خطته فارسيّاً فلك درهم، وإن خطته روميّاً فلك درهمان، أو قال لصباغ: إن صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم، وَإن صبغته بزعفران فلك درهمان، فذلك جَائزٌ؛ لأنه خَيَّرَهُ بين إيفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة، ولأن الأجر على أصل أصحابنا لا يجب إلا بالعمل، وحين يأخذ في أحد العملين تعين ذلك الأجر، وهذا عند أصحابنا الثلاثة، فأما عند زفر: فالإجارة فاسدة؛ لأن المعقود عليه مجهولٌ، والجواب ما ذكرناه. ٢/٢٢٥ب

ولو قال: أجرتك هذه الدار شهراً على أنك إن قعدت فيها حداداً فأجرها عشرة، وإن بعت فيها الخز فخمسة، فالإجارة جائزة في قول أبي حنيفة الأخير، وقال أبو يوسف ومحمد: الإجارة فاسدة.

وجه قولهما إن الأجر لا يجب بالسكنى، وإنما يجب بالتسليم وهو التخلية، وحالة التخلية لا يدري ما يسكن، فكان البدل عنده مجهولاً بخلاف الرومي والفارسي؛ لأن البدل هناك يجب بابتداء العمل، ولا بد وأن يبتدىء بأحد العملين، وعند ذلك يتعين البدل، ويصير معلوماً عند وجوده.

ولأبي حنيفة أنه خير بين منفعتين معلومتين فيجوز؛ كما في خياطة الرومية والفارسية، وهذا لأن السكنى وعمل الحدادة مختلفتان، والعقد على واحد منهما صحيحٌ على الانفراد، فكذا على الجمع.

وقولهما بأن الأجر هٰهنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم، لكن العمل يوجد ظاهراً وغالباً؛ لأن الانتفاع عند التمكين من الانتفاع هو الغالب، فلا يجب الاحتراز عنه؛ على أن بالتخلية ـ وهو التمكن من الانتفاع ـ يجبُ أقلُّ الأجرين[1]، لأن الزيادة تجب بزيادة الضرر، ولم توجد زيادة الضرر، وأقل الأجرين معلوم فلا يؤدي إلى الجهالة، وهذا جواب إمام الهدى الشيخ أبي منصور الماريدي، وعلى هذا الخلاف كل ما كان أجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطلٌ عندهما، وعند أبي حنيفة العقد جائزٌ وأي التعيين استوفى وجب أجر ذلك كما سمى، وإن أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل

(١) في أ: الضررين.

المسميين؛ لما ذكرنا أن الزيادة إنما تجب باستيفاء منفعة زائدة، ولم يوجد ذلك، فلا يجب بالتسليم وهو التخلية، إلا أقل الأجرين.

وعلى هذا الخلاف إذا استأجر دابة إلى الحيرة على أنه حمل عليها شعيراً فبنصف درهم، وإن حمل عليها حنطة فبدرهم، فهو جائزٌ على[١] قول أبي حنيفة الآخر، وعلى قولهما لا يجوز، وكذلك إن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم أو إلى[٢] القادسية بدرهمين، فهو جائز عنده.

وعلى قولهما ينبغي أن لا يجوز لما ذكرنا، ولو استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة أو إلى الكوفة بعشرة.

قال محمد: لو كانت المسافة إلى القصر النصف من الطريق إلى الكوفة، فالإجارة جائزة، وإن كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما؛ لأن المسافة إذا كانت النصف فحال ما يسير يصير البدل معلوماً؛ لأنه إن سار إلى القصر أو إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر خمسة، فأما إذا كانت المسافة إلى القصر أقل من النصف أو أكثر، فالأجرة حال ما يسير مجهولة، لأنه إن سار إلى القصر فالأجرة خمسة، وإن سار إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر بحصته من المسافة وجهالة الأجرة عند وجود سبب وجوبها تفسد العقد عندهما، فأما على قول أبي حنيفة فالعقد جائز؛ لأنه سمى منفعتين معلومتين؛ لأنه كل واحدة منهما بدل معلوم.

ولو أعطى خياطاً ثوباً فقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، قال أبو حنيفة: الشرط الأول صحيحٌ، والثاني: فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر مثله؛ على ما نذكر تفسيره.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان، وقال زفر: الشرطان باطلان، وبه أخذ الشافعي فنتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الأول؛ لأنهما خالفا أصحابنا الثلاثة فيه.

والوجه لهما أن المعقود عليه مجهول.

ولنا أنه سمي في اليوم الأول عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً، وفساد الشرط الثاني لا يؤثر في الشرط الأول؛ كمن عقد إجارة صحيحة وإجارة فاسدة.

وأما اليوم الثاني فوجه قول أبي يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الأول أنه سمى في اليوم الثاني عملاً [معلوماً][٣] وبدلاً معلوماً كما في [اليوم][٤] الأول، فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم الأول.

ولأبي حنيفة أنه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر، لأن البدل المذكور في

---

(١) في أ: من.
(٢) في ط: وإلى.
(٣) سقط من ط.
(٤) سقط من ط.

اليوم الأول جعل مشروطاً في اليوم الثاني، بدليل أنه لو لم/ يذكر لليوم الثاني بدلاً آخر وعمل ٢/ ١٢٢٦ اليوم الثاني يستحق المسمى في الأول، فلو لم يجعل المذكور من البدل في اليوم الأول مشروطاً في الثاني لما استحق المسمى وإذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كأنه قال في اليوم الثاني: فلك درهم أو نصف درهم، فكان[1] الأجر مجهولاً فوجب فساد العقد، فإذا خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله، لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم؛ هكذا ذكر في الأصل، وفي «الجامع الصغير».

وذكر محمد في الإملاء: وهو إحدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف وإحدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن محمد، وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في رواية أخرى أن له في اليوم الثاني أجر مثله، لا يزاد على نصف درهم.

وذكر القدوري أن هذه الرواية هي الصحيحة، ووجهها أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى، والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم إنما الدرهم [مسمى في اليوم الأول][2] وذلك عقد آخر فلا يعتبر فيه[3].

وجه رواية الأصل أنه اجتمع في الغد تسميتان؛ لأن التسمية الأولى عند مجيء الغد قائمة فيعمل بها، فتعتبر الأولى لمنع الزيادة، والثانية لمنع النقصان، فإن خاط نصفه في اليوم الأول ونصفه في الغد، فله نصف المسمى لأجل خياطته في اليوم الأول، وأجر المثل لأجل خياطته في الغد، لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم، فإن خاطه في اليوم الثالث فقد روى ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أن له أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم، لأنَّ صاحب الثوب لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من النصف فبتأخيره إلى اليوم الثالث أَوْلَىٰ.

فإن قال: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلا أجر لك، ذكر محمد في إملائه أنه إن خاطه في اليوم الأول فله درهم، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله، لا يزاد على درهم؛ لأن اسقاطه في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد، فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه ويجب أجر المثل.

وَلَوْ قال إن خطته أنت فأجرك درهم، وإن خاطه تلميذك فأجرك نصف درهم، فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء، ولو استأجر داراً شهراً بعشرة دراهم على أنه إن سكنها يوماً ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد؛ لأن المعقود عليه مجهول وهو سكنى شهر أو يوم، والله ـ عزَّ وجلَّ ـ أعلم.

---

(١) في أ: فصار.

(٢) في أ: سمى في اليوم الآخر.

(٣) في أ: به.

ومنها: أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً؛ لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه، فلا يجوز استئجار الآبق؛ لأنه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة؛ لكونه معجوز التسليم حقيقة، ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز إجارة المغصوب من غير الغاصب؛ كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا.

وعلى هذا يخرج إجارة المشاع من غير الشريك أنها غير جائزة عند أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي أنها جائزة[1].

وجه قولهم إن الإجارة أحد نوعي البيع، فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين وأنه جائز في

(١) حقيقته أن يملك الإنسان جزء النصف عبداً، أو دابة، أو منزل، أو ما شاكل ذلك، فما لم تحصل قسمة بين الشركاء ـ فنصيب الشرك مشاع في جميع أجزاء العين.
وقد اتفق العلماء على جواز إجارة المشاع للشريك، لأن القدرة على تسليم العين المؤجرة موجودة، واختلفوا في إجارته لغير الشريك، فالأئمة الثلاثة: مالك، والشافعي، وأحمد، ومعهم الصاحبان من الحنفية يرون جواز ذلك.
والإمام أبو حنيفة، وزفر يقولان بعدم جواز ذلك.
أ ـ واستدل الجمهور بما يأتي.
ب ـ أن المشاع يصح شراؤه، فتصح إجارته.
وحاصل هذا الدليل قياس إجارة المشاع على شرائه بجامع أن كلاً عند معارضته أن للمشاع منفعة وتسليمه للمستأجر ممكن، إما بالتخلية بينه وبينه، وإما بالقسمة، فاستيفاء المنفعة بهذا ممكن لا يتعذر بالشيوع، فتصح إجارته للأجنبي، كما تصح للشريك، إذ لا فارق.
٣ ـ أمر النبي ﷺ بالمؤاجرة يدخل في عمومه المشاع وغيره، ولا مخصص يخرج المشاع، فبقي على الجواز.
ب ـ واستدل الإمام أبو حنيفة، وزفر على ما ذهبا إليه.
بأن المقصود من عقد الإجارة الانتفاع، وهو غير ممكن في المشاع، فلو أقدم صاحب الجزء المشاع على إيجاره لغير الشريك ـ لكان معناه: أنه آجر، ما لا يقدر على تسليمه، فيكون فاسداً، كإيجار العبد الآبق والأرض السبخة التي لا تنبت للزراعة فيها.
وقد ناقش الجمهور هذا الدليل.
بمنع كون الانتفاع بالمشاع غير ممكن، لإمكانه بالقسمة ونحوها، ولو سلم له ذلك ـ لما جاز إيجاره للشريك.
فإن قالا: أن الشريك جائز للكل، فيمكن الانتفاع، يقال لهما: والمستأجر يمكن أن يجوزه بالقسمة، أو بأن يستأجر نصيب الشريك أيضاً، أو يستعيره، وقياسهما إجارة المشاع لغير الشريك على الآبق قياس مع الفارق، لأن الآبق لا يجوز بيعه، فلا تجوز إجارته، والمشاع يجوز بيعه، فكان ينبغي أن تجوز إجارته.
ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

المشاع؛ كذا هذا، فلو امتنع إنما يمتنع لتعذر استيفاء منفعته[١] بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة، ولهذا جاز بيعه، وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء في صفقة واحدة، فكذا من الأجنبي.

والدليل عليه أن الشيوع الطارىء لا يفسد الإجارة، فكذا المقارن؛ لأن الطارىء في باب الإجارة مقارن؛ لأن المعقود عليه المنفعة وأنها تحدث شيئاً فشيئاً، فكان كُلُّ جزء يحدث معقوداً عليه مبتدأ.

ولأبي حنيفة أن منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء، لأن استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه؛ لأنه اسم لسهم غير معين، وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقةً، وإنما يتصور تسليمه بتسليم الباقي، وذلك غير معقود عليه، فلا يتصور تسليمه شرعاً.

وأما قولهما إنه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايىء فنقول: لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة، لأن التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل في نصف المدة، وذا[٢] ليس بمقتضى العقد والتهايؤ بالمكان انتفاع برفع المستأجر في كل المدة؛ لأن نصف هذا النصف له بالملك، ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه، وأنه ليس بمقتضى العقد أيضاً، فإذا لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد أصلاً ورأساً، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً، ولأن تجويز/ هذا العقد بالمهايأة يؤدي إلى ٢/٢٢٦ب الدور لأنه لا مهايأة بعد ثبوت الملك، ولا ملك إلا بعد وجود العقد، ولا عقد إلا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم، فيتعلق كل واحد بصاحبه، فلا يتصور وجوده بخلاف البيع، لأن كون المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع، فإن بيع المهر والجحش والأرض السبخة جائز، وإن لم يكن منتفعاً بها، ولهذا يدخل الشرب والطريق في الإجارة من غير تسمية، ولا يدخلان في البيع إلا بالتسمية، لأن كون المستأجر منتفعاً به بنفسه شرط صحة الإجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع.

وأما الإجارة من الشريك، فعن أبي حنيفة فيه روايتان، ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلأن المعقود عليه هناك مقدور الاستيفاء بدون المهايأة؛ لأن منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر، لكن بسببين مختلفين، بعضُها بسبب الملك، وبعضها بسبب الإجارة.

وكذا الشيوع الطارىء فيه روايتان عن أبي حنيفة، في رواية تفسد الإجارة كالمقارن، وفي رواية لا تفسد وهي الرواية المشهورة عنه، ووجهها أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا

---

(١) في ط: منفعة.
(٢) في أ: وذلك.

العقد، وليس كل ما يشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه كالخلو عن العدة، فإن العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء؛ كذا هذا، وسواء كانت الدار كلها لرجل فأجر نصفها من رجل، أو كانت بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من رجل، كذا ذكر الكرخي في جامعة نصاً عن أبي حنيفة: أن الإجارة لا تجوز في الوجهين جميعاً.

وذكر أبو طاهر الدباس أن إجارة المشاع إنما لا تجوز عند أبي حنيفة إذ أجر الرجل بعض ملكه، فأما إذا أجر أحد الشريكين نصيبه، فالعقد جائزٌ بلا خلافٍ، لأن في الصورة الأولى تقع المهايأة بين المستأجر وبين المؤاجر، فتكون الدار في يد المستأجر مدة، وفي يد المؤاجر مدة، ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الأجر مع كون الدار في يده، والمهايأة في الصورة الثانية إنما تقع بين المستأجر وبين غير المؤاجر، وهذا لا يمنع استحقاق الأجر؛ لجواز أن تكون الدار في يد غير المستأجر وأجرتها عليه؛ كما لو أعارها ثم أجرها.

والصحيحُ ما ذكره الكرخي لأن ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين جميعاً؛ وسواء كان المستأجر محتملاً للقسمة أو لا؛ لأن المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة، فإن المانع ثمة خص المحتمل للقسمة، وهو ما ذكرنا في «كتاب الهبة».

ولو آجر مشاعاً يحتمل القسمة فقسم وسلم، جاز؛ لأن المانع قد زال كما لو باع الجذع في السقف ثم نزع وسلم وكما لو وهب مشاعاً يحتمل القسمة ثم قسم وسلم، فإن اختصما قبل القسمة فأبطل الحاكم الإجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك، لم يجز العقد؛ لأن العقد انفسخ من الأصل بإبطال الحاكم، فلا يحتمل الجواز إلاَّ باستيثاق[1]، ويجوز إجارة الاثنين من واحد، لأن المنافع تدخل في يد المستأجر جملة واحدة من غير شيوع ويستوفيها من غير مهايأة.

ولو مات أحد المؤاجرين حتى انقضت الإجارة في حصته لا تنقض في حصة الحي، وإن صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع الطارىء لما ذكرنا، وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد؛ لعدم الشيوع عند القبض، وكذا تجوز إجارة الواحد من الاثنين، لأن المنافع تخرج من ملك الآجر جملة واحدة من غير شياع، ثم ثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة، وأنه يوجب قسمة المنفعة بالتهايىء فينعدم الشيوع.

ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الإجارة في حصته بقيت في حصة الحي كما كانت، ويجوزُ رهن الواحد من اثنين أيضاً، لأن الرهن شرع وثيقة بالدين، فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين، ألا ترى أنه لو قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أنْ يأخذ بعض الرهن.

---

(١) في ط: بالاستئناف.

وأما هبة الواحد من اثنين فإنما لا تجوز عند أبي حنيفة، لأن الملك في باب الهبة يقع بالقبض، والشيوع ثابت عند القبض وأنه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك؛ على ما نذكر في «كتاب الهبة».

وإن استأجر أرضاً فيها زرع للآجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة، لم تجز، لأنها مشغولة بمال المؤاجر، فلا يتحقق تسليمه، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً، فلم تجز؛ كما لو اشترى جذعاً في سقف؛ وكذا لو استأجر أرضاً فيها رطبة، فالإجارة فاسدة، لأنه لا يمكن تسليمها إلا بضرر، وهو قطع[1] الرطبة فلا يجبر على الإضرار بنفسه، فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً، فلم تجز؛ كما لو اشترى جذعاً في سقف، فإن قلع رب الأرض الرطبة، فقال للمستأجر: أقبض الأرض، فقبضها، فهو/ جائز، لأن المانع قد زال ٢/٢٢٧أ فصار كشراء الجذع في السقف إذا نزعه البائع وسلمه إلى المشتري، فإن اختصما قبل ذلك فأبطل الحاكم الإجارة، ثم قلع الرطبة بعد ذلك، لم يصح العقد؛ لأن العقد قد بطل بإبطال الحاكم فلا يحتمل العود، فإن مضي من مدة الإجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم قلع الرطبة، فالمستأجر بالخيار إن شاء قبضها على تلك الإجارة وطرح عنه ما لم يقبض، وإن شاء لم يقبض فرقاً بين هذا وبين الدار إذا سلمها المؤاجر في بعض المدة، أن المستأجر لا يكون له خيار الترك.

ووجه الفرق أن المقصود من إجارة الأرض الزراعة، والزراعة لا تمكن في جميع الأوقات، بل في بعض الأوقات دون بعض، وتختلف بالتقديم والتأخير، فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها على بعض، ويكون الكل كمدة واحدة، فإذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد لاختلاف المعقود، فكان له الخيار بخلاف إجارة الدار، لأن المقصود منها السكنى، وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر، فلا يقف بعض المدة فيها على بعض، فلا يوجب خللاً في المقصود من الباقي، فلا يثبت الخيار.

ولو اشترى أطراف رطبة ثم استأجر الأرض لتبقية ذلك، لم تجز الإجازة؛ لأن أصل الرطبة ملك المؤاجر، فكانت الأرض مشغولة بملك المؤاجر واستئجار بقعة مشغولة بمال المؤاجر لم تصح؛ لأن كونها مشغولة بملكه يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستئجار أرض فيها زرع المؤاجر.

ولو اشترى الرطبة بأصلها ليقلعها ثم استأجر الأرض مدة معلومة لتبقيتها جاز، لأن

---

(١) في ط: قلع.

الأرض هٰهنا مشغولة بمال المستأجر، وذا لا يمنع الإجارة كما لو استأجر ما هو في يده.

وكذلك إذا اشترى شجرة فيها ثمر بثمرها على أن يقلعها، ثم استأجر الأرض فبقاها فيها، جاز لما قلنا.

قال محمد: وإن استعار الأرض في ذلك كله، فهو جائز؛ لأن المالك بالإعارة أباح الانتفاع بملكه فيجوز.

وعلى هذا يخرج ما ذكرنا أيضاً من استئجار الفحل للإنزاء، واستئجار الكلب المعلم والبازي للاصطياد، أنه لا يجوز؛ لأن المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء؛ إذ لا يمكن إجبار الفحل على الضراب والإنزال، ولا إجبار الكلب والبازي على الصيد، فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر، فلم تجز.

وعلى هذا أيضاً يخرج استئجار الإنسان للبيع والشراء أنه لا يجوز، لأن البيع والشراء لا يتم بواحد، بل بالبائع والمشتري فلا يقدر الأجير على إيفاء المنفعة بنفسه، فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء، فصار كما لو استأجر رجلاً ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه، ولو ضرب لذلك مدة بأن استأجره شهراً ليبيع له ويشتري جاز لما مر.

وعلى هذا يخرج الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع أنه لا يجوز، لأن الأجير لا يقدر على إيفاء العمل بنفسه، فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء، وإن شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطاً فقلت: ومنها أن يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه، ولا يحتاج فيه إلى غيره، وخرجت المسائل عليه، والأول أقرب إلى الصناعة فأفهم.

وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصي أنه لا يصح؛ لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعاً؛ كاستئجار الإنسان للعب واللهو[1]، وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء

---

(١) وكذا المعازف وهي الآلات التي تستعمل فيه، كالعود، والطنبور، وسائر آلات اللهو مما هو معروف في بابه، واحدها: معزفة، وهذه الآلات بحسب مادتها كالعرة غالباً، لاتخاذها من النباتات، والجلود المدبوغة، والمعادن.

ولكننا نرى العلماء، يختلفون في جواز استئجارها، لاختلافهم فيما تقصد له من الضرب عليها، والغناء بها.

فمن رأى أن استعمالها مباح في الشرع أجازا استئجارها، لأن المنفعة في نظره غير محظورة، ومن رأى استعمالها حراماً ـ حرم استئجارها بالأول. قال الظاهرية وبالثاني في قال الجمهور، وللمالكية خلاف وتفصيل، وإليك خلاصة مذهبهم في ذلك.

قال الخرشي في «مختصره» علي خليل ـ بعد قول المصنف: وكراء دف، ومعزف لعرس ـ: ما نصه «الدف، بضم الدال وفتحها لغةً هو: المدور المغشي من جهة واحدة، فإن غشي منهما وكان مربعاً ـ فهو =

....

= المزهر، والمعزف نوع من أنواع العيدان» ونقل بعض عن الرافعي أن المعازف: الملاهي، ويشمل الأوتار، والمزاهر. ثم قال: والمعنى: أن مالكاً كره كراء ما ذكر للأعراس، ولا يلزم من إباحة ضرب الدف في العرس إباحة إجارته فيه، وأما إجارة المعزف في غير الأعراس فإنه لا يجوز، والمراد بالعرس: خصوص النكاح. ا هـ.

قال العدوي في «حاشيته» عليه: إن قول المصنف: وكراء دف، ومعزف لعرس لا يفيد حرمة الآلة التي هي من أفراد المعزف، مع أن المعتمد الحرمة، ثم قال: والحاصل أن البدر نقل منع سماع الآلة عن عياض والمازري، وأن ابن رشد نص على أن كراهة كراء المعازف إنما باقي على القول بجواز سماع الآلة في العرس. وخلاصة أن المعتمد حرمة استماع الآلة، فيحرم الاستئجار عليها، وأما كراء الدف في غير العرس وضربه في غيره ـ فحكمهما الحرمة، كما ذكرنا ذلك في رسالة متعلقة به ا هـ.

وقال الدردير في «الشرح الصغير»: والراجح أن الدف، والكبر، والمزمار جائزة في العرس ونكرة الأجرة عليها، وأن ما عداه حرام في العرس وغيره، فتحرم الأجرة عليها ا هـ.

قال الصاوي في «حاشيته»: حاصله أن الدف والكبر في النكاح فيهما قولان: الجواز، والكراهة. وفي المعازف ثلاثة أقوال بزيادة الحرمة، وهو أرجحها.

وأما في غير النكاح ـ فالحرمة في الجميع قولاً واحداً، ولو كان في عقيقة، أو ختان، أو حج، أو قدوم من سفر ا هـ.

ومن هذه النقول تبين أن الدف والكبر في النكاح فيهما قولان: الجواز، والكراهة، وأرجحهما: الجواز. وفي المعازف وهي سائر آلات اللهو، كالأعواد، والستطير، والكبنجا، والرباب، والمزمار في النكاح ثلاثة أقوال: الجواز، والكراهة، والحرمة. وأرجحها: الحرمة.

وأما في غير النكاح ـ فالحرمة في الجميع قولاً واحداً.

ثم الكراء عند حرمة الاستعمال يكون حراماً، وعند كراهة يكون مكروهاً، وعند جوازه يكون مكروهاً أيضاً سدًّا للذريعة، إذ لو قيل بجوازه في العرس بلا كراهة ـ لتوصل للكراء في غيره.

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من تحريم استعمال هذه الآلات، واستماعها، فلا تجوز إجارتها بما يأتي:

أولاً: ما أخرجه البخاري عن عبد الرحمٰن بن غنم قال: حدثني أبو عامر، أو أبو مالك الأشعري سمع النبي ﷺ يقول: «ليكونن من أمتي قوم يستحلون الحر والحرير والخمر والمعازف».

والاستحلال حبل المحرم حلالاً، فيستباح الفرج بالزنا، والحرير باللبس، والخمر بالشرب، والمعازف باستعمالها، وإذا كان المعازف محرمة، فلا يجوز استئجارها.

ثانياً: ما أخرجه ابن ماجه، عن أبي مالك الأشعري مرفوعاً بلفظ: «ليشربن ناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها، يعزف على رؤوسهم بالمعازف والمغنيات يخسفُ الله بهم الأرض، ويجعل منهم القردة والخنازير» وأخرجه أيضاً أبو داود وصححه ابن حبان.

فقد توعد رسول الله ﷺ هؤلاء بما ذكر، وذلك شأن الحرام.

ثالثاً: ما رواه الإمام أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، عن نافع أن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ سمع صوت زمارة راع، فوضع أصبعه في أذنيه، وعدل راحلته عن الطريق، وهو يقول: يا نافع أتسمع، =

....

= وأقول: نعم، فيمضي حتى قلت: لا، فرفع يده، وعدل راحلته إلى الطريق، وقال: رأيت رسول الله ﷺ سمع زمارة راع، فصنع مثل هذا».
ولا شك أن الزمارة من الملاهي، ولولا أن سماعها حرام لما وضع رسول الله ﷺ أصبعيه في أذنيه».
رابعاً: ما رواه أحمد، وأبو داود، عن عبد الله عمر أن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم الخمر، والميسر، والكوبة، والغبيراء والكوبة: الطبل، وقيل: الدف، والغبيراء: الطنبور، وقيل: العود وقيل هو لعبة للروم كانوا يقامرون بها، وقيل هو الطنبور بالحشيشة وكل مسكر حرام».
وفي لفظ لأحمد: «إن الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر وهو نبيذ الشعير والكوبة والقنين ولفظ الحديثين صريح في تحريم ما ذكر.
خامساً: ما رواه أحمد، عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله حرم الخمر، والميسر والكوبة، وكل مسكر حرام» ورواه أيضاً أبو داود، وابن حبان، والبيهقي.
والكوبة، والقنين، والغبيراء من الملاهي، وتحريمهن في الحديث صريح في تحريم استعمالهن واستماعهن، وهذا يقتضي تحريم إجارتهن.
سادساً: ما رواه الترمذي، عن عمران بن حصين ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ قال: «في هذه الأمة خسف، ومسخ، وقذف، فقال رجل من المسلمين: يا رسول الله ومتى ذلك؟ فقال: إذا ظهرت القبان والمعازف، وشربت الخمر» ا هـ والخسف، والمسخ والقذف لا يكون إلا على محرم.
سابعاً: ما رواه الترمذي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا اتخذ الفيء دوَلاً، والأمانة مغنماً، والزكاة مغرماً، وتعلم لغير الدين وأطاع الرجل امرأته، وعق أمه، وأوفى صديقه، وأقصى أباه، وظهرت الأصوات في المساجد، وساد القبيلة فاسقهم، وكان زعيم القوم أرذلهم، وأكرم الرجل، مخافة شره، وظهرت القبان والمعازف، وشربت الخمور، ولعن آخر هذه الأمة أولها، فليرتقبوا عند ذلك ريحاً حمراء، وزلزلة، ونسفاً، ومسخاً، وقذفاً، وآيات تتابع، كنظام بال قطع سلكه، فتتابع بعضه بعضاً».
والحديث صريح في تحريم ما ذكر، لقرنه بالمحرمات، واستحقاقه معها العقاب بالريح، والزلزلة، والخسف، وسواها.
ثامناً: ما أخرجه أحمد عن أبي أمامة ـ رضي الله عنه ـ عن النبي ﷺ قال تبينت طائفة من أمتي على أكل وشرب ولهو ولعب ثم يصبحون قردة وخنازير وتبعث على أحياء من أحيائهم ريح فتنسفهم كما نسف من كان قبلكم باستحلالهم الخمر وضربهم بالدفوف اتخاذهم القينات والحديث صريح في إثبات المطلوب.
تاسعاً: ما رواه أحمد عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال إن الله بعثني رحمة وهدى للعالمين وأمرني أن أمحق المزامير والكبارات يعني البرابط والمعازف والأوثان التي كانت تعبد في الجاهلية.
والحديث صريح في تحريم المزامير والمعازف لأنها لا تمحق إلا إذا كان استعمالها حراماً.
فقد ثبت بهذه الأحاديث كلها تحريم استعمال المعازف وبهذا يثبت تحريم إيجارها واستئجارها فإنه متى كان الضرب عليها معصية لم يتصور استحقاقه بالعقد فلا تجب الأجرة عليه من غير أن يستحق هو إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل من العاقدين على صاحبه شيئاً.
وقد ناقش المجوزون هذه الأدلة بما يأتي
أما الأول فهو منقطع فيما بين البخاري وهشام الذي رواه البخاري عنه وفي إسناده صدقة بن خالد: وقد =

....

= حكى ابن الجنيد عن يحيى بن معين أنه ليس بشيء، وروى المزي عن أحمد أنه ليس بمستقيم.
ثم هو مضطرب سنداً ومتناً، أما سنداً فللتردد ومن الراوي في اسم الصحابي هل هو أبو عامر أو أبو مالك، وأمامتنا فلأن في بعض المناطق يستحلون وفي بعضها بدونه. وفي رواية الحر بمهملتين، وفي أخرى الخز بمعجمتين. وهو ضرب من الإبريسم. وأن لفظة المعازف لم تكن في رواية أبي داود، يضاف إلى هذا كله أن الحديث لا يدل على التحريم لأن لفظة يستحلون ليست نصاً فيه، فإن أبا بكر بن العربي قد ذكر لها معنيين أحدهما أن المعنى يعتقدون أن ذلك حلال. والثاني أن يكون ذلك مجازاً عن الاسترسال في استعمال هذه الأشياء.
وأما الثاني فإنه ليس في محل النزاع. لأن الذي فيه هو العزف بالمعازف والمغنيات على رؤوس شاربي الخمور، ولا يخالف أحد في حرمة ذلك، لاقترانه بالشرب المحرم وإعانته عليه.
وأما الثالث: فقد قال أبو علي اللؤلؤي سمعت أبا داود يقول هو حديث منكر ا هـ. ومثل هذا لا تقوم به حجة، وعلى فرض صحته فهو لا يدل على المطلوب، لأن السماع لو كان حراماً لما ترك الرسول عليه الصلاة والسلام ابن عمر يسمع ولبادر بالإنكار عليه وأمره بكسر الآلة، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، وأما سد النبي ﷺ أذنبه وقت الزمر فلا يدل على التحريم. لأنه يحتمل أن ذلك حصل منه لأنه كان من عادته عليه الصلاة والسلام أنه يتجنب كثيراً من المباحات مثل أن يبيت في بيته درهم أو دينار.
وأما الرابع في إسناده الوليد بن عبدة الراوي له عن ابن عمر قال أبو حاتم الرازي هو مجهول، فالحديث لا تقوم به الحجة.
وأما الخامس فهو على فرض صحته محمول على المعازف المقترنة بالحرام كالخمر.
وأما السادس فقد قال الترمذي بعد إخراجه عن عباد بن يعقوب الكوفي قال حدثنا عبد الله بن عبد القدوس عن الأعمش عن هلال بن يساف عن عمران ما لفظه، وقد روي هذا الحديث عن الأعمش عن عبد الرحمٰن بن سابط عن النبي مرسلاً، وهذا حديث غريب ا هـ.
وإذا ثبتت غرابته لم تقم به حجة على إثبات المطلوب.
وأما السابع فقد قال الترمذي بعد أن أخرجه من طريق علي بن حجر قال حدثنا محمد بن يزيد الواسطي عن المسلم بن سعيد عن رميح الجذامي عنه بالفظة وفي الباب عن علي. وهذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ا هـ، ومثله لا تقوم به الحجة.
وأما الثامن فإن في إسناده فرقداً السبخي، وقد تكلم فيه يحيى بن سعيد وقال أحمد ليس بالقوي.
وأما التاسع فإنه قد رواه أحمد عن عبيد الله بن زحر عن علي بن يزيد عن القاسم بن عبد الرحمٰن عن أبي أمامة وعبيد الله بن زحر. قال أبو مسهر إنه صاحب كل مفصلة، وقال ابن معين ضعيف. وقال مرة ليس بشيء وقال ابن المديني منكر الحديث، وقال الدارقطني ليس بالقوي، وقال ابن حبان روى موضوعات عن الأثبات، وإذا روي عن علي بن يزيد أتى بالطاقات وقال الترمذي تكلم بعض أهل العلم في علي بن يزيد وضعفه ا هـ فمثل هذا الحديث لا تقوم به الحجة.
هذه مناقشة المجوزين لأدلة المانعين، ومنها يتضح أن هذه الأدلة لم تنتهض في نظر المجوزين على إثبات المطلوب، حتى قال ابن حزم لا يصح في الباب حديث أبداً، وكل ما فيه فموضوع، وقال أبو بكر بن العربي في كتابه الأحكام لم يصح في التحريم شيء، وكذلك قال الغزالي وابن النحوي في العمدة، وهكذا =

....

= قال ابن طاهر أنه لم يصح منها حرف واحد، وقال الفاكهاني لم أعلم في كتاب الله ولا في السنة حديثاً صحيحاً صريحاً في تحريم الملاهي، وإنما هي ظواهر وعمومات يتأنس بها لا أدلة قطعية وقد أجاب المانعون عن هذه المناقشات بما يأتي:

أما مناقشة الحديث الأول فهي غير قادحة لأن دعوى الانقطاع باطلة كما قال الحافظ في الفتح بأن البخاري لقي هشاماً وحدث عنه، فقوله قال هشام محمول على السماع منه فهو متصل ودعوى الاضطراب في السند باطلة فإنه قد رواه أحمد وابن أبي شيبة من حديث أبي مالك بغير شك. ورواه أبو داود من حديث أبي عامر وأبي مالك وهي رواية ابن داسة عند أبي داود، ورواية ابن حبان أنه سمع أبا عامر وأبا مالك الأشعريين، وبهذا يظهر أن الحديث من روايتهما جميعاً وعلى فرض الشك فهو غير مؤثر ما دام كل منهما ثقة، ودعوى الاضطراب في المتن باطلة كذلك لأن الراوي قد يترك بعض ألفاظ الحديث تارة ويذكرها أخرى، ومثل هذا ليس اضطراباً. وإنما الاضطراب الاختلاف الذي لا يمكن الجمع فيه إلا بتعسف.

ودعوى أن الحديث ليس نصاً في التحريم باطلة أيضاً. فإن أصل الاستحلال اعتقاد الحل والوعيد على اعتقاد الحل يدل على تحريم الملابسة بفحوى الخطاب ولا ملجىء للخروج عن هذه الحقيقة ولا يجوز أن يكون الاستحلال مجازاً عن الاسترسال فإن المجاز بلا قرينة غير جائز.

وأما مناقشة الحديث الثاني فجوابها أن استحقاق الخسف والمسخ على الجميع بين هذه الأمور يفيد أن لكل منها دخلاً في ذلك.

فشرب الخمر وتسميتها بغير اسمها والضرب بالمعازف وحضور المغنيات لو لم يكن كل منها حراماً في ذاته لما ذكر في معرض الوعيد.

وأما مناقشة الحديث الثالث فجوابها أن ضعف الحديث مجبور باجتماعه مع غيره من الأحاديث التي في معناه فهو إن المبدل على المقصود وحده دل عليه بانضمامه إلى غيره.

وقولهم لو كان حراماً لما ترك الرسول ابن عمر يسمع ممنوع، فإنه يحتمل أن يكون ابن عمر حينذاك صغيراً لم يبلغ الحلم، وكذا يقال في ترك ابن عمر لنافع يسمع وأما قولهم إن سد الأذنين لا يدل على التحريم فجوابه أنه يدل على التحريم ظاهراً وكونه للتورع عن المباح خلاف الأصل فلا يثبت إلا بدليل.

وأما مناقشة الحديث الرابع فجوابها أن ابن يونس ذكر في تاريخ المصريين أن الوليد بن عبدة قد روى عنه يزيد بن أبي حبيب وبهذا ارتفعت جهالته على أنه يشهد له حديث ابن عباس المروي بعده والحديث الضعيف يتقوى بشاهده.

ومناقشة الحديث الخامس باطلة. لأن الحمل على حرمة المعازف لاقترانها بأمر محرم لا دليل عليه.

وأما مناقشة السادس فجوابها أن الغرابة في هذا الحديث لا تضر، فإن عبارة الترمذي تدل على أنه روي متصلاً من طريق ومرسلاً من طريق أخرى. فهو بهذا يتقوى ويصلح للاستدلال على أن معناه مؤيد بحديث أبي هريرة الآتي بعده. والحديث الضعيف إذا روي معناه من طريق كفي في الاستدلال وأما مناقشة الحديث السابع فجوابها أن مجد الدين بن تيمية في المنتقى نقل عن الترمذي أنه قال هذا حديث حسن غريب، فالغرابة إذا لا تقدح فيه لأنه يكفي في الاحتجاج بالحديث أن يكون حسناً وإن لم يرد إلا من وجه واحد وأما مناقشة الحديث الثامن فجوابها أن فرقداً هذا قال ابن معين هو ثقة وقال الترمذي تكلم فيه يحيى بن سعيد، وقد روى عنه الناس ا هـ. =

....

= فقول الترمذي وقد روى عنه الناس فيه رد على يحيى بن سعيد وبيان أن تكلمه فيه غير قادح لأن الناس لم يتركوه والتعديل مقدم على الجرح الذي لم يفسر كما لا يخفى.
وأما مناقشة الحديث التاسع، فجوابها أن عبيد الله بن زحر لا يضره كل ما قيل فيه، فقد قال أبو زرعة أنه صدوق وقال النسائي لا بأس به، ونقل المجد بن تيمية عن البخاري أنه ثقة ولو سلم ما قيل فيه فغاية ذلك أن الحديث ضعيف وقد روى معناه من طرق كما عرفت.
وبالجملة فهذه الأحاديث لا يضرها الكلام في أسانيدها فإنها تنتهض بمجموعها ولا سيما أنه قد حسن بعضها فأقل أحوالها أن تكون من قسم الحسن لغيره.
ب ـ واستدل الآخرون على ما ذهبوا إليه من جواز استعمال المعازف واستماعها فيجوز استئجارها بما يأتي:
أولاً: ما رواه الإمام أحمد والترمذي وصححه عن بريدة قال خرج رسول الله ﷺ في بعض مغازيه فلما انصرف جاءت جارية سوداء فقالت يا رسول الله إني كنت نذرت إن ردك الله صالحاً أن أضرب بين يديك بالدف وأتغنى قال لها إن كنت نذرت فاضربي، وإلا فلا فجعلت تضرب فدخل أبو بكر وهي تضرب ثم دخل علي وهي تضرب ثم دخل عثمان وهي تضرب ثم دخل عمر فألقت الدف تحت أستها ثم قعدت عليه فقال رسول الله ﷺ إن الشيطان ليخاف منك يا عمر إني كنت جالساً وهي تضرب فدخل أبو بكر وهي تضرب ثم دخل علي وهي تضرب ثم دخل عثمان وهي تضرب فلما دخلت أنت يا عمر ألقت الدف.
وأخرجه أيضاً ابن حبان والبيهقي.
وجه الدلالة أن المرأة نذرت أن تضرب بين يدي رسول الله، وقد أذنها في الضرب ولو كان معصية ما أقرها على الوفاء بنذرها.
والدف من آلات اللهو فيجوز استعماله واستماعه وإذا جاز ذلك جازت إجارته.
ثانياً: ما رواه الترمذي وحسنه والنسائي وابن ماجه والحاكم عن محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح ا هـ.
فالنكاح حلال والزنا حرام والفصل بينهما مشروع بما ذكر فيكون مأذوناً فيه فيدل على جواز استئجاره.
ثالثاً: ما رواه الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف: ورواه بنحوه ابن ماجه والبيهقي ا هـ.
وجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ أمر بضرب الدفوف في النكاح، فكان هذا دليلاً على مشروعيتها ومشروعية استماعها وإذا فيجوز كراؤها.
رابعاً: ما رواه أحمد والبخاري عن عائشة رضي الله عنها أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار فقال النبي ﷺ يا عائشة ما كان معكم من لهو فإن الأنصار يعجبهم اللهو ا هـ.
والمراد باللهو الضرب بالدف مع الغناء فقد جاء في بعض رواية حديث عائشة فهل بعثتم جارية تضرب بالدف وتغني قلت تقول ماذا قال تقول:

أتيناكم أتيناكم ... فحيانا وحياكم
ولولا الذهب الأحمر ... ما حلت بواديكم
ولولا الحنطة السمرا ... ما سمنت عذاريكم =

....

= **خامساً**: وأخرجه النسائي والحاكم وصححه عن عامر بن سعد قال دخلت على قرظة بن كعب وأبي مسعود الأنصاري في عرس وإذا جوار يغنين فقلت أي صاحبي رسول الله ﷺ أهل بدر يفعل عندكم لهذا.
فقالا اجلس إن شئت فاستمع وإن شئت فاذهب فإنه قد رخص لنا اللهو عند العرس: ا هـ.
والحديث صريح في إثبات المطلوب لأن الصحابة لا يفعلون مثل هذا من أنفسهم فلا بد من توقيف.
سادساً: ما رواه البخاري وأحمد عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان تغنيان وتضربان بالدف ورسول الله ﷺ مسجَّن بنوبه فانتهرهما فكشف رسول الله ﷺ وجه وقال وعهما يا أبا بكر فإنها أيام عيد ا هـ.
وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ قد أذن الجاريتين في الغناء والضرب وسمعه منهما إذن لعائشة في سماعه والاستماع إليه، وأنكر على أبي بكر تعرضه لهن.
وهذا كله يفيد جواز استجار الآت الملاهي.
سابعاً: أن الأصل في الأفعال الإباحة ما لم يرد ما يدل على المنع ولم يرد في الكتاب ولا في السنة الصحيحة ولا الإجماع ولا القياس ولا الاستدلال ما يقتضي تحريم مجرد سماع الأصوات الطيبة الموزونة مع آلة من الآلات. وما ورد فيه من الأحاديث فأكثره ضعيف والصحيح منه لا دلالة فيه، وإذا ثبت جواز استعمال الآلات واستماعها جازت إجارتها لأن استعمالها من المنافع المباحة المقصودة.
هذه أدلة المجوزين.
وقد ناقش المانعون هذه الأدلة كلها ما عدا الأخير منها، بأنها إنما وردت في خصوص الضرب الدف وفي خصوص المناسبات الثلاث السارة وهي الرجوع من العزو والنكاح والعيد، ولا يقاس على الدف المزامير ولا الآلات ذوات الأوتار لعظم الفرق بينها، ولا يقاس على المناسبات الثلاثة إلا ما شابهها، فيبقى جميع الآلات سوى الدف مطلقاً، وكذا الدف في غير المناسبات مسكوتاً عنه في هذه الأحاديث ويكفي في تحريمه مجموع الأحاديث الدالة على تحريم المعازف.
وقد علمت انتهاض مجموعها للدلالة وإن كان كل واحد منها بخصوصه يمكن إيراد شيء من المناقشات عليه.
وأما الأخير فهو مدفوع بما ورد من الأدلة الكثيرة التي يدل مجموعها على التحريم العام، فلا يخرج عنه إلا ما دلت الأدلة على حله من خصوص الدف في المناسبات.
من تأمل في أدلة الفريقين وما دار حولها من مناقشات وأجوبة لم يسعه إلا أن يختار التفصيل في آلات اللهو بين الدف وغيره، وفي أزمانه بين المناسبات السارة وغيرها فيحكم بجواز ضرب الدفوف في النكاح والرجوع من الغزو والعيد ونحو ذلك، وبتحريم ما دعا الدف من الآلات في المناسبات وغير المناسبات وتحريم الدف في غير المناسبات.
وعلى هذا تجوز إجارة الدفوف في هذه الأحوال الخاصة.
وهذا كله مفروض فيما لا يقترن بمعصية أو يدعو إلى منكر وإلا حرم من غير تفصيل.
وبهذا تعلم تحريم ما اعتاده أهل العصر من كراء المغنين والمغنيات على المعازف، وأن الكراء لذلك سنه وفسق، وأن الأجرة عليه محرمة خبيثة لا سيماً أن القائمين والقائمات بذلك لا يقتصرون على مجرد =

والنوح؛ بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح أنه جائز؛ لأن الممنوع عنه نفس الغناء والنوح لا كتابتهما.

وكذا لو استأجر رجلاً ليقتل له رجلاً أو ليسجنه[1] أو ليضربه ظلماً، وكذا كل إجارة وقعت لمظلمة؛ لأنه استئجار لفعل المعصية، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً، فإن كان ذلك بحق بأن استأجر إنساناً لقطع عضو، جاز؛ لأنه مقدور الاستيفاء، لأن محله معلوم فيمكنه أن يَضَعَ السكين عليه فيقطعه.

وإن استأجره لقصاص في النفس لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وتجوز عند محمد هو بقول استيفاء القصاص بطريق مشروع، هو حز الرقبة، والرقبة معلومة، فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء، فأشبه الاستئجار لذبح الشاة وقطع اليد، وهما يقولان إن القتل بضرب العتق يقع على سبيل التجافي عن المضروب، فربما يصيب العنق وربما يعدل عنه إلى غيره، فإن أصاب كان مشروعاً وإن عدل كان محظوراً؛ لأنه يكون مثله، وأنها غير مشروعة، بخلاف الاستئجار على تشقيق الحطب، لأنه وإن كان ذلك يقع على سبيل التجافي فكله مباح، وهٰهنا بخلافه، فَلَمْ يَكُن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفاء، وليس كذلك القطع والذبح؛ لأن

= الغناء، بالآلات بل يجمعون إلى ذلك أكثر أنواع الفسق والفجور من الخمر والمخدرات واتخاذ الأخلاء والخليلات والخلوة بالأجنبيات وكشف العورات واستعمال الأغاني المثيرة للشهوات والمحرضة على ارتكاب الموبقات.

وأما المذياع فمعلوم أنه يذيع حلالاً وحراماً فمثله مثل الرجل الذي يستطيع النطق بالحلال والحرام فإذا اكترى للحلال جاز وإذا اكترى للحرام لم يجز وإذا اكترى لهما معاً لم يجز أيضاً، لما علم أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

فكذلك المذياع إذا اكترى لسماع القرآن أو المحاضرات أو الأخبار أو نحو ذلك واقتصر مكتريه على ذلك لم يحرم، وإذا اكترى على الأطلاق أو كان القصد إلى خصوص المحرمات لم يجز، وإذا اكترى للحلال وخيف استعماله في الحرام سواء أكان مستعملة هو المكتري أو غيره حرم ذلك لأن ما يؤدي إلى الحرام حرام.

ولا يفوتني هنا أن أنحي باللائمة على أولياء أمورنا في هذا البلد الذي يعتبر في مقدمة البلاد الإسلامية بل يعتبر قدوة لها جميعاً حيث تركوا للمستهزئين الحيل على الغارب ووكلوا الأشراف على الإذاعات إلى قوم لا يفرقون بين ما يحل وما يحرم.

وليتهم اقتصروا على ذلك ولم يوغلوا في الحرام ويغلبوه على الحلال حتى إنهم جعلوا حصة القرآن والحديث في أوقات قصيرة جداً وخصصوا لها الأوقات التي يخرج فيها الناس من بيوتهم لقضاء أشغالهم، وكأنهم تعمدوا ذلك ليتخيروا للملاهي أوقات الراحة والإصغاء.

ينظر: الإجارة لشيخنا منصور الشيخ.

(١) في أ: ليشجه.

القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وإمراره عليه؛ وكذلك الذبح، فهو الفرق.

ولو استأجر ذميٌّ من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز، لأنه استئجار لفعل المعصية، وكذا لو استأجر ذمي من ذمي لما قلنا، ولو استأجر الذمي داراً من مسلم وأراد أن يصلي فيها من غير جماعة أو يتخذها مصلى للعامة، فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم، ولو استأجر ذمي مسلماً ليخدمه، ذكر في الأصل أنه يجوز وأكره للمسلم خدمة الذمي، أما الكراهة فلأن الاستخدام استذلال، فكان إجارة المسلم نفسه منه إذلالاً لنفسه، وليس للمسلم أن يذل نفسه خصوصاً بخدمة الكافر.

وأمّا الجواز فلأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع، وقال أبو حنيفة: أكره أن يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها، وكذلك الأمة وهو قول أبي يوسف ومحمد، أما الخلوة فلأن الخلوة بالمرأة الأجنبية معصية، وأما الاستخدام فلأنه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية.

ويجوز الاستئجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات؛ لأن فيه رفع أذيتها عن الناس، فلو لم تجز لتضرر بها الناس.

وقال ابن رستم عن محمد أنه قال: لا بأس بأجرة الكناس؛ أرأيت لو استأجره ليخرج له حماراً ميتاً أما يجوز ذلك؟ ويجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر إلى المقبرة؛ لأنه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الأنجاس.

وجه قياس قول أبي حنيفة ما ٥كرنا أن الدعوى شرط والمدعي مجهول.

وجه الاستحسان: أن المدعي هٰهنا معلوم، لأن الإعتاق في مرض الموت وصية، والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصي، فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له، فكان المدعي معلوماً، فجازت الشهادة له، بخلاف حال الصحة؛ فإن الشهادة هناك وقعت لأحد العبدين فكان المدعي مجهولاً، فلم تجز الشهادة، ولأن المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جمعياً، فصار كُلُّ واحدٍ منهما خصماً في حق نفسه. متعيناً، فتقبل الشهادة، بخلاف حال الحياة والصحة.

وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسألة في الأمتين بأن شَهِدَا بأنه أَعتق إحدى أمتيه - أنها لا تقبل؛ لأن انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الأمة لكونه سبباً لحرمة الفرج، وهي حق الله - تعالى - ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة، فكان الحواب في العبدين والأمتين هٰهنا عنده على السواء، بخلاف ما إذا شهدا على أنه طلق إحدى

امرأتيه، أنها تقبل؛ لأنها قامت على سبب حرمة الفرج، والدعوى فيها ليست بشرط.

ولو شهدا أن أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلاناً، لم تجز شهادتهما، لأن المدعى عليه مجهول، ولو شهدا أنه أعتق عبداً له وسماه ونسياه أن الشهادة باطلةٌ لأن الشاهد إذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته، ولو شهدا أنه أعتق عبده سالماً، ولا يعرفان سالماً، وله عبد اسمه سالم، ليس له غيره، تقبل شهادتهما، ولو شهدا به في البيع لا تقبل.

ووجه الفرق: أن البيع لا يحتمل الجهالة أصلاً، والعتق يحتمل ضرباً من الجهالة؛ ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدين، ويجوز إعتاق أحد العبدين، ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق، لم تجز شهادتهما، لأنهما شهدا بعقدين، كُلُّ عقدٍ لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، ولم يوجد.

والأصل فيه: أنه إذا اختلفت شهادة الشاهدين، فإن كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلاً، وإن كان في دعوى المال، ففيه تفصيل ووفاق واختلاف، نذكر ذلك كله في «كتاب الشهادات» إن شاء الله تعالى، والله ـ عز وجل ـ أعلم.

تم الجزء الخامس، ويليه الجزء السادس
وأوله: «بقية كتاب الإجارة»

فهرس المحتويات